SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL.

POR

M. F. C. DE SAVIGNY

TRADUCIDO DEL ALEMAN POR

M. CH. GUENOUX

DOCTOR EN DERECHO,

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY,

Profesores de Derecho Romano en la Institucion Libre de Enseñanza.

y precedido de un prólogo de

D. MANUEL DURÁN Y BAS,

CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

TOMO V.

MADRID.

F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES.

Puerta del Sol, núm. 13.

1879.

Imprenta de los Editores, Ancha de San Bernardo, núm. 74.

PRÓLOGO DE LA PRIMERA PARTE.

(§ CCLVI.—CCLXXIX).

Largo tiempo interrumpida esta obra (*), á causa de numerosos trabajos que me fueron impuestos, no ha perdido, sin embargo, á mis ojos, nada de su interés; la prueba más convincente de esta opinion mia es la publicacion que desde luego emprendo de la parte del sexto volúmen que me ha sido posible terminar. En la segunda, que será consagrada á la teoría del juicio, continuará la misma paginacion, y de este modo el sexto volúmen no diferirá en nada de los otros en cuanto á su forma exterior.

Se me ha dirigido ya una censura que desde luego esperaba. Se ha dicho que interrumpía la exposicion del derecho actual con indagaciones históricas desproporcionadas con el plan de mi obra. El fragmento que ahora publico no escapará tampoco á esta censura. Es evidente que su objeto es tan práctico como cualquiera otra materia del derecho; pero héme visto precisado á engolfarme en largas investigaciones históricas, las cuales podrán parecer tanto más fuera de lugar, cuanto que, en último resultado, llego á conclusiones adoptadas ya por otros autores, de suerte que mi disentimiento versa solamente sobre la marcha que dichos autores han seguido para llegar á ellas. Más de un lector

(*) El quinto volúmen, (4.° de la edicion castellana), apareció en Berlin en 1841.

juzgará, por tanto, que este trabajo no tiene un carácter práctico.

Despues de haber leido atentamente la primera parte de este volúmen, no veo nada que me parezca indispensable decir para la completa inteligencia de tal asunto, y para penetrar en la realidad de las cosas. Nada podría tampoco añadir á lo ya manifestado sobre esta materia en el prólogo del primer tomo (pág. 13 y sig.) La diferencia de opiniones sobre las proporciones de una obra como la presente eran casi inevitables.

Octubre 1846.

PRÓLOGO DE LA SEGUNDA PARTE.

(§ CCLXXX.—CCCI).

Esta segunda parte completa el sexto volúmen, y se vé, conforme había anunciado, que en nada difiere de los demás.

Julio, 1847.

SISTEMA DE DERECHO ROMANO.

CONTINUACION DEL CAPÍTULO IV.

VIOLACION DE LOS DERECHOS.

§ CCLVI *Litiscontestatio.*—Introduccion.

Winckler, Discrimen inter litis contestationem jure veteri ac hodierno (Opuscula minora, t. I, Lips. 1792-1798, páginas 293-370.

Keller, über Litiscontestation und Urtheil; Zürich, 1827, 1828.

Bethmann-Hollweg, en Mohl und Schrader Zeitschrift für Rechtswiss., t. V; Stuttg., 1829, p. 65-97 (Exámen de la obra de Keller).

Wachter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte; Heft 2, 3; Stuttgart, 1846-1848.

Hemos llegado al centro de nuestra investigacion sobre el derecho de las acciones, cuyo objeto se ha definido anteriormente (§ 204): determinar las modificaciones introducidas en un derecho determinado por consecuencia de su violacion y de los medios destinados á reprimirla.

La situacion á que se aplican estos cambios y de donde los mismos resultan es, por consiguiente, una violacion del derecho. Esta proposicion, de una absoluta verdad, necesi-

ta, sin embargo, ser completada si queremos conocer todos los aspectos del asunto que nos ocupa.

Es, en efecto, extraordinariamente raro que se reconozca ó confiese la violacion del derecho y que la autoridad sólo necesite intervenir para contrarestar esta voluntad injusta. Casi siempre se afirma la violacion por una parte y se niega por la otra, apareciendo entónces el *proceso*, cuya decision es necesaria para que pueda probarse la violacion y ser reparada. Los elementos del proceso son siempre las afirmaciones contradictorias de las partes; estas afirmaciones, consideradas como de una naturaleza propia é independiente, han sido estudiadas en el tomo anterior bajo el nombre de acciones, excepciones, réplicas y dúplicas, y á ellas se refería la *primera clase* de modificaciones posibles resultantes de la violacion jurídica en sí misma, ó del litigio (§ 204). Vamos ahora á examinar la *segunda clase* de modificaciones, esto es, aquellas que no resultan del hecho del proceso, sino de los actos de procedimiento inherentes al litigio.

Entre estos actos de procedimiento nos aparece, desde luego la sentencia que termina todo proceso, es decir, que niega la violacion del derecho ó la hace constar y la repara. Vamos, pues, á indagar, si puede modificar la sentencia, y de qué manera, el contenido y la extension del derecho; advirtiendo que esta cuestion es la más importante de todas, pero no la única.

Lo sería, ciertamente, si el proceso pudiera terminarse siempre tan pronto como se presenta ante el juez; pero este caso es por extremo raro. Casi siempre es preciso tiempo; frecuentemente un tiempo muy largo, para que la sentencia pueda ser dictada con pleno conocimiento de causa. En este intervalo la relacion de derecho litigiosa es susceptible de modificaciones importantes, por lo cual, si se limitara la sentencia en este caso á reconocer la violacion, implicaría una reparacion incompleta ó nula y los tribunales no habrían cumplido su mision.

Siendo inseparables estas dilaciones, á pesar de sus funestas consecuencias, del ejercicio de la autoridad judicial, debemos admitirlas como un mal necesario al que se trata de oponer remedios artificiales.

Proviene este mal, como se ha dicho, de que el principio

y el fin del proceso, la demanda y la sentencia, no son simultáneas, sino que están separadas por un intervalo de tiempo, durante el cual puede sufrir modificaciones la relacion de derecho. Luego para remediarlo será preciso que la sentencia decida, no sólo respecto á la relacion primitiva de derecho, sino tambien respecto de las consecuencias de estas modificaciones.

El fin general asignado á esta parte del juicio puede, pues, expresarse por la siguiente fórmula: reproducir artificialmente la situacion que habría existido naturalmente si hubiera sido posible dictar la sentencia al comenzar el litigio.

Observo, sin embargo, que esta fórmula indica solamente la solucion general del problema y que no se trata de obtenerla directamente por vía de consecuencias lógicas.

Para resolver nuestro problema es preciso fijar desde luego el *momento en que principia* el litigio, sin lo cual no sería posible determinar la época á que deben extenderse las modificaciones que la decision judicial debe tener en cuenta.

El derecho romano coloca este momento en la *litiscontestatio*. Hé aquí, pues, el acto de procedimiento que señala el principio del proceso y que al mismo tiempo motiva las reclamaciones especiales que deben ser atendidas en la sentencia.

Trátase, desde luego, de saber en qué consiste la *litiscontestatio*. En este punto se presentan graves dificultades, supuesto que ya entre los Romanos había experimentado importantes trasformaciones este acto de procedimiento, y las que se han introducido por la legislacion y la práctica de los tiempos modernos son todavía más pronunciadas. No obstante, la idea y aún el nombre de esta institucion se encuentra en todos los tiempos y aun entre los autores más modernos, á pesar de la diferencia de opiniones sobre su naturaleza verdadera.

Despues de este exámen viene la parte principal de nuestra indagacion, á saber, la que tiene por objeto determinar los efectos de la *litiscontestatio*. El resultado que debe ofrecer la decision judicial, traducido en la fórmula general ántes expuesta, debe descomponerse y ser referido á sus elementos, si se quieren conocer las disposiciones que debe

contener la sentencia para destruir las consecuencias perjudiciales de la duracion inevitable del proceso.

Acabo de decir que se admite por todos los autores, áun los más modernos, la idea de la *litiscontestatio*, si bien entendida de diferente modo; ahora bien, la generalidad de esta admision no influye en manera alguna sobre la cuestion de saber si en el derecho comun actual los efectos que vamos á describir se relacionan con la *litiscontestatio*. Pudiera pretenderse, en efecto, que si bien existe para nosotros una idea tomada del derecho romano y designada bajo el nombre de *litiscontestatio*, sin embargo, los efectos que el derecho romano le concede se atribuyen por el derecho actual, en totalidad ó en parte, á otros actos de procedimiento. Si esta opinion fuera fundada, sería preciso fijar otra época para el comienzo del proceso respecto á todos ó á cada uno de los efectos atribuidos por el derecho romano á la *litiscontestatio*, importantísima cuestion que, por hallarse estrechamente ligada con los diversos efectos de aquélla, no puede ser tratada de una manera satisfactoria hasta el final de la exposicion de esta materia (*a*).

Consistiendo el objeto principal de la institucion que nos ocupa en desvirtuar el mal inseparable de la duracion del proceso por medio de disposiciones reparadoras que se insertan en la sentencia, forma semejante institucion parte integrante del derecho material y corresponde al derecho de las acciones (§ 204). Con arreglo al plan de esta obra no puede ser tratada en otra parte.

Pero existen tambien otras instituciones que concurren al mismo fin práctico, por lo cual debemos hacer aquí una breve indicacion de ellas.

Tales son, desde luego, todas las medidas destinadas á procurar la rapidez de los procesos. Así, segun el antiguo derecho romano, se perdía el litigio que no se juzgaba en

---

(*a*) Propiamente hablando se presenta esta cuestion bajo dos aspectos, y debería ser tratada en dos lugares diferentes. Desde luego han pretendido varios autores que ya en derecho romano, y aun en tiempo de Adriano, se retrotraían los efectos de la *litiscontestatio* á una epoca anterior al litigio, punto que será discutido en el § 264. Dícese, además, que semejantes efectos tienen tambien lugar en el derecho moderno; esta es la cuestion que examino al terminar la exposicion de esta materia (§ 278, 279).

un plazo bastante corto (*b*); rigurosa disposicion que debía motivar una gran diligencia en el demandante. El derecho actual no ha conservado de ella ningun vestigio.

Por otra parte, toda decision judicial, de igual manera que los beneficios concedidos á la *litiscontestatio*, pueden ser anulados de hecho, ora por la pérdida ó enajenacion de la cosa, ora por haberse agotado los bienes del deudor. El procedimiento tiene instituciones importantes que sirven para prevenir ó disminuir estos perjuicios: tales son la caucion *judicatum solvi*, el embargo, el secuestro, la *missio in possessionem*. Había tambien instituciones del derecho material que tendían al mismo objeto, como, por ejemplo, las leyes que prohibían la enajenacion de la propiedad ó la cesion del crédito que formase el objeto de un litigio (*res litigiosa*, *actio litigiosa*).

Pretender que se traten estas diversas instituciones al mismo tiempo que la *litiscontestatio* á causa de la identidad de su fin práctico, sólo produciría una gran confusion. La mayor parte de ellas tienen su lugar propio en el conjunto del derecho procesal; las que pertenecen al fondo del derecho (*litigiosum*, por ejemplo) se refieren á la teoría de la propiedad ó de la cesion.

§ CCLVII. *De lo que constituye la litiscontestatio.—I Derecho romano.*

El punto de vista en que debemos colocarnos para llegar á la inteligencia de las fuentes del derecho es la época del procedimiento formulario ó del predominio de los *ordinaria judicia*. No tenemos que ocuparnos del derecho anterior sobre esta materia. Por el contrario, debemos estudiar con particular atencion la manera de tratarse este asunto en el *extraordinarium judicium*, el cual nos aparece como excepcion en el tiempo del procedimiento por fórmulas. La exposicion de este estado excepcional nos servirá de transi-

---

(*b*) Gayo, IV, § 104, 105. Un *legitimum judicium* expiraba á los diez y ocho meses; un *judicium quod imperio continetur* al terminar las funciones del magistrado que había nombrado el *judex*. No podía volver á interponerse la nueva accion, puesto que habiendo sido deducida *in judicium*, se había extinguido.

cion para el estudio del derecho romano posterior, en que el *ordo judiciorum* desapareció enteramente y la antigua excepcion se convirtió en la regla general.

Comenzaré por describir en su conjunto la situacion que suponen todos los textos de los antiguos jurisconsultos, y aduciré despues las pruebas referentes á los diferentes puntos que abraza.

En la época á que me refiero, la *litiscontestatio* es un acto que se verifica ante el pretor, en cuyo acto las partes, por medio de sus respectivas declaraciones, fijan el litigio y lo hacen susceptible de ser llevado ante el *judex*. Dicho acto es el último del *jus*, es decir, de la parte de procedimiento instruida ante el pretor, coincide con la *formula* que éste suministra (*a*), y supone, por consiguiente, el nombramiento del *judex*, cuya persona tenía que estar designada en la expresada *formula*.

Estando destinado este acto á fijar definitivamente el objeto del litigio, no debía limitarse á una simple declaracion de hechos, sino contener tambien las excepciones, las réplicas y las dúplicas, es decir, todo el contenido de la *formula*, de manera que el pretor pudiese encontrar en él todos los elementos de ésta (*b*).

El nombre de *litiscontestatio* está tomado de una de las circunstancias esenciales del acto. Las dos partes debían convocar testigos en estos términos: *testes estote*. Pero no quiere esto decir que el juez debiese necesariamente pronunciar sentencia más tarde fundándose en las deposiciones de estos testigos. En muchos procesos no figura ningun testigo, y en algun caso no era preciso oirlos en este momento, ni por consiguiente hacerlos comparecer. Los testigos mencionados en la *litiscontestatio* debían asistir al

---

(*a*) Si se tratase únicamente de señalar la época en que comenzaban ciertos determinados efectos podría aducirse de igual manera la *formula concepta* que la *litiscontestatio* ó emplearse indiferentemente ambos términos. Sin embargo, no sucede así, y nunca se menciona más que la *litiscontestatio;* esto se debe á la naturaleza del contrato de que hablaré en seguida (§ 258).

(*b*) A pesar de lo dicho, no debe concederse demasiada importancia á esta definicion de la *litiscontestatio*, porque sólo es enteramente exacta para las acciones rigurosas. Cuando la accion era libre podía contentarse el demandado con una negativa general y presentar en seguida sus excepciones ante el *judex* (t. IV, p. 312.).

acto para hacerlo constar en el caso de suscitarse dudas posteriormente sobre este punto; servían, pues, como protocolo viviente. Es indudable que la necesidad debía hacerse sentir más bien en el procedimiento puramente oral de las antiguas *legis actiones* que en la *formula* escrita (*c*). Pudo, sin embargo, ser mantenido este acto en el procedimiento por fórmulas como recuerdo simbólico de un uso más antiguo; en todo caso, pudo suceder que se conservase el nombre mucho tiempo despues de haberse renunciado á la convocacion de los testigos, áun como simple formalidad.

El texto principal que justifica esta definicion de la *litiscontestatio* se encuentra en Festo (extracto de P. Diacono) bajo la voz *Contestari*, y se encuentra concebido en los siguientes términos:

Contestari est, cum uterque reus dicit: *Testes estote.* Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: *Testes estote.*

La frase *contestari* se aplica aquí por la circunstancia de que varias personas llaman en comun los testigos *(d)*, y en la aplicacion del procedimiento se dice expresamente que ambas partes concurren al acto. Se añade que tiene lugar *ordinato judicio*, es decir, despues de la designacion del *judex*, pues su nombramiento es un elemento esencial de la constitucion del *judicium (e)*. Comparado el principio del texto con la parte principal que le sigue inmediatamente, muestra que el acto así denominado se emplea tambien para otros fines (*f*) y que la *litiscontestatio* es solamente una de las aplicaciones de este acto solemne.

(*c*) Keller, § 1.

(*d*) Así es que se dice *compromissa pecunia*, porque ambas partes estipulan una pena para el caso de desobediencia á lo mandado por el árbitro.

(*e*) Por esta razon encontramos empleados como equivalentes de *litiscontestatio* los términos *ordinatum judicium, ordinata lis* ó *causa*, L. 24, pr., § 1, 2, 3; L. 25, § 2, de lib. causa (XL, 12). De igual manera, la época de la *litiscontestatio* se designa por las palabras siguientes: statim atque *judex factus est*, L. 25, § 8, de ædil. ed. (XXI, 1). En efecto, el nombramiento del *judex*, la *litiscontestatio* y la concepcion de la fórmula, partes integrantes de un mismo acto de procedimiento, no separadas por ningun intervalo de tiempo, pueden servir igualmente para designar la misma época.

(*f*) Asi, para el testamento, la *suprema contestatio*, L. 20, § 8, qui

Aunque Festo refiere la frase *litem contestari* á ambas partes igualmente, sin embargo, con arreglo á la fraseología más usada, se designa el acto del demandante por *litem contestari* y el del demandado por *judicium accipere* ó *suscipere* (*g*).

Por lo demás, *contestari* es un verbo deponente, y segun las reglas gramaticales, sólo debería decirse de la parte: *litem contestatur, litem contestatus est.* Pero se encuentra con tanta frecuencia usado en el sentido pasivo (*lis contestatur, lis contestata*) que no podría distinguirse la regla de la excepcion. No debe creerse, sin embargo, que estos ejemplos sean una señal de corrupcion de la lengua, pues pertenecen al tiempo de la mejor latinidad, encontrándose principalmente en Ciceron *(h)*, en Aufidio, uno de los discípulos de Servio Sulpicio (*i*), en la Lex Rubria de Galia Cisalpina *(k)* y en una regla de derecho que Gayo toma de los *veteres* (*l*).

Festo deja indecisa la cuestion más importante y controvertida, esto es, si pertenece al *jus* ó al *judicium*, ó en otros términos, si constituye el último acto que se verifica ante el pretor ó el primero que tiene lugar ante el *judex*.

Atendiendo al fin general de la *litiscontestatio* podría admitirse uno y otro extremo y el resultado práctico ofrecería

---

test. (XXVIII, 1). Ulpiano, XX, 9 emplea en este sentido la voz *testatio* y como sinónima de *nuncupatio*; Gayo, II, § 104, no emplea más que *nuncupatio*. Por lo demás, encontramos tambien *judicium* contestatum, en lugar de *litiscontestatio*, L. 7, § 1, de her. pet. (V, 3); L. 19, sol. matr. XXIV, 3); pero en ninguna parte se encuentra *contestatio* sola, usada en este sentido, sin el aditamento de *lis* ó *judicium*; en la L. 1, § 1, C. de pet. her. (III, 31), *contestationis* no es más que la repeticion de la frase *litis* contestationem, que le precede inmediatamente (V. § 271, *b*).

(*g*) Winckler, p. 298; Keller, § 6.

(*h*) Pro Roscio Com., c. XI et c. XII, «lis contestata.» Pro Flacco, c. XI, «ab hac perenni contestataque virtutem majorum.»

(*i*) Priscian., lib. VIII, c. 4, § 18: «P. Auficio; *Si quis alio vocitatur nomine tum cum litiscontestatur, atque olim vocitabatur*, contestari passive posuit.» Prisciano cita esto como una anomalía gramatical. En las ediciones se lee: *illis contestatur* ó *his* contestatur (p. 371, ed. Krechl; p. 791, 793 ed. Putsch), lo cual no tiene sentido alguno. Se ha fijado la leccion exacta y explicado perfectamente en el texto por Huschke, Zeitschrift *f.* geschictl. Rechtsvvis. t. X. p. 339. 340.

(*k*) Col. I, lin. 48; quos inter id judicium accipietur «leisve contestabitur.»

(*l*) Gayo, III, § 180: «Apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere.»

poca diferencia. Cada opinion ha tenido sus partidarios pero la primera se apoya en conclusiones rigurosas sacadas de tan numerosos textos *(m)*, que la cuestion puede considerarse como definitivamente resuelta. La prueba más completa de que la *litiscontestatio* se verificaba ante el pretor, resulta de las consideraciones siguientes. Suponiendo que tuviese lugar este acto ante el pretor, era por cierto muy conveniente hacer asistir al futuro *judex*, y no dudo, por mi parte, que esta asistencia se verificaba cuando se encontraba presente el *judex* por casualidad, ó cuando las partes lo habían llevado con ellas ante el pretor. Así se indica, en efecto, en un texto de Papiniano, al decidir que no es *necesario* que asista el *judex* á su nombramiento ni tenga conocimiento de él (*n*); de donde concluye Papiniano que el loco puede ser nombrado *judex*, que su nombramiento es eficaz si posteriormente recobra la razon, y, por último, que el *judicium* queda para él constituido desde dicho nombramiento. Es evidente que Papiniano admite que el nombramiento del *judex* y el principio verdadero de su *judicium*, es decir, el *acceptum* ú *ordinatum judicium*, ó lo que es lo mismo, tambien la *litiscontestatio*, pueden tener lugar en ausencia del *judex*, de donde resulta que la *litiscontestatio* no es un acto que se verifica en presencia del *judex* y con su participacion. Un texto de Paulo nos suministra otro testimonio no ménos decisivo. El provincial que venía á Roma como *legatus* no podía ser perseguido segun la regla general; pero sí en ciertos casos excepcionales; y entónces la *litiscontestatio* tenía lugar en Roma (ante el pretor) y el *judicium* se instruía en la provincia (ante un *judex* residente en ella) (*o*).

Para comprender las modificaciones que el derecho ro-

(*m*) Winckler, § 3, 4; Keller, § 1-5). El único texto que parece favorecer la opinion contraria es la L. un., C. de L. C. Más adelante explicaré este punto.

(*n*) L. 39, pr. de jud. (V, 1): «Cum furiosus judex addicitur non minus *judicium erit*, quod hodie non potest judicare... neque enim in addicendo præsentia vel scientia judiscis *necessaria est.*» Aquí coincide evidentemente la *addictio judicis*, en cuanto á su fecha, con la *litiscontestatio* y el *judicium acceptum* ú *ordinatum*, puesto que expresamente se dice que en el momento de la *addictio* existe ya un *judicium* verdadero.

(*o*) L. 28, § 4, de jud. (V, 1): «Causa cognita adversus eum judicium prætor dare debet, ut lis contestetur, ita ut in provinciam transferatur.

mano introdujo más tarde en la forma de la *litiscontestatio*, es preciso determinar el lugar que ocupaba en los *extraordinaria judicia* del tiempo del procedimiento formulario.

Concíbese que en este caso no pudiera ser la *litiscontestatio* un acto de las partes relacionado con la redaccion de la *formula*, que tuviese por objeto llevar el litigio ante el *judex*; pues en los *extraordinaria judicia* no habia *judex* ni *formula*, una vez que el proceso se instruía desde el principio hasta el fin ante el magistrado. Pero como no podía prescindirse de la *litiscontestatio*, por la importancia de sus resultados prácticos, debió buscarse la época que tuviese más analogía, en el procedimiento ordinario, con la de aquélla; y evidentemente se prefirió la época en que las partes explicaban por completo sus pretensiones respectivas ante el magistrado.

En realidad, esto no difería de la *litiscontestatio* más que en la forma exterior del acto.

Este hecho, tan verosímil por sí mismo, se encuentra confirmado por los testimonios siguientes, cuya explicacion servirá para disipar las dudas y para rectificar más de un error de nuestros autores.

1) L. un., C. de litis contestatione (III, 9) de Severo y Antonino, 203:

«Res in judicium deducta non videtur si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. *Lis enim tunc contestata videtur cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit.*»

Varios autores han deducido de este texto que la *litiscontestatio* se verifica ante el *judex*, y no ante el pretor (nota *m*), opinion que ya he refutado ántes. Debe reconocerse, sin embargo, que este texto parece favorecerla; trátase, pues, ahora de destruir tambien esta apariencia, pues el texto citado se escribió en una época en que el procedimiento por fórmulas estaba en toda su fuerza y vigor.

Dicen algunos que los emperadores hablan aquí de la *litiscontestatio* verificada ante el magistrado, pero que se designa éste con el nombre de *judex* (*p*). Semejante explica-

---

(*p*) Tales son los autores citados por Keller, § 5, nota 5. La explica-

cion es inadmisible. Es verdad que la palabra *judex* se emplea con frecuencia en el sentido de magistrado; pero si los emperadores se hubieran referido al *ordinarium judicium*, no hubiesen empleado nunca esta palabra en una excepcional acepcion que hubiera ocasionado errores casi ciertos.

Pretenden otros que los emperadores habían nombrado realmente al magistrado, y que la redaccion actual es una grave interpolacion *(q)*. Por mi parte, no veo la necesidad de una interpolacion semejante, pues el texto se adaptaba igualmente al derecho antiguo y al nuevo con la palabra magistrado que con la de *judex*. En derecho antiguo podía decirse tambien que la *litiscontestatio* estaba perfecta cuando el pretor había oido las respectivas alegaciones de las partes y recogido los materiales necesarios para la redaccion de la fórmula. Sí, pues, los compiladores hubiesen encontrado en el texto original la mencion del pretor, del procónsul ó del *præses*, no se comprendería por qué la hubiesen sustituido con la palabra *judex*, mucho ménos apropiada en el tiempo que ellos vivian; más probable sería la interpolacion contraria.

Hé aquí ahora, á mi parecer, la explicacion más sencilla. Los emperadores hablan de un proceso perteneciente á los *extraordinaria judicia*. La palabra *judex*, por *magistratus* sería entónces perfectamente apropiada y no se prestaría á ningun equívoco, dándonos el texto una imágen fiel de la *litiscontestatio*. Como en esta clase de procesos no hay *litiscontestatio* real, el rescripto designaría solamente el acto que la sustituye. Con este fin emplea términos generales y circunlocuciones que no se usaban ciertamente entónces para expresar la *litiscontestatio* verdadera del procedimiento ordinario, y esto es lo que dá á nuestro texto una falsa apariencia de interpolacion. Es verdad que no dice que se trata de un proceso de esta especie; pero debe advertirse que no poseemos más que un fragmento del rescripto *(r)*,

---

cion que da Zimmern, Rechtsgeschichte, t. III, § 119, nota 13, no me parece en manera alguna satisfactoria: «la *litiscontestatio* existe desde el momento en que comienza el *judicium*.» De este modo no existiría enlace alguno entre el principio y el final del texto.

(q) Keller, § 5.

(r) Esto es evidente, puesto que otra parte del mismo texto forma la L. 3, C. de edendo (II, 1).

cuyo preámbulo, omitido en el texto, confirmaría sin ninguna duda la explicacion aquí propuesta. Admito, pues, tambien una interpolacion, pero consistente en la omision de una parte del texto, y no en la modificacion de su contenido.

2) L. 33, de Obl. et Áct. (XLIV, 7. Paulo, lib. 3 Decretorum):

«Constitutionibus quibus ostenditur heredes pæna non tenerit, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam pœnæ persecutionem transmissam videri: *quasi lite contestata cum mortuo.*»

Segun una antigua regla, no se ejercitaban las acciones penales contra los herederos del deudor sino cuando se había verificado la *litiscontestatio (s)*. Ahora bien; la L. 33 no habla de una accion penal ordinaria entre personas privadas, que perteneceria al *jus ordinarium* y á la cual se aplicaria directamente la regla; trata, por el contrario, de una pena fiscal perseguida ante los agentes del fisco, y por consiguiente, *extra ordinem*, donde no habia ni *judex* ni *litiscontestatio* propiamente dicha *(t)*. La persecucion contra los herederos debía, pues, referirse á un acto análogo á la *litiscontestatio*. Paulo dice en este sentido que la accion se ejercita contra los herederos, cuando ha sido deducida contra su causante *(u)*; de modo que la deduccion de la accion es el acto de la *litiscontestatio* verdadera del procedimiento ordinario que tiene lugar para los *extraordinaria judicia* (*quasi* lite contestata cum mortuo) *(v)*. Esta ley ha suscitado siempre grandes dificultades. Tomándose el *conventus* en un sentido demasiado estricto, como designando la sim-

---

(*s*) Véase t. IV, § 211, g.

(*t*) Se encuentra confirmada esta suposicion por la inscripcion del fragmento, pues en el mismo libro 3, decretorum de Paulo se encuentran varios textos relativos á acciones fiscales llevadas ante el *procurator Cœsaris*.

(*u*) Solo que no debe tomarse el «*conventus* fuerat» en el sentido demasiado extricto de accion simplemente *deducida*. En varios textos del Digesto *conventus* y *petitum*, aplicados al procedimiento ordinario, designan el *convenire cum efectu*, es decir, la época en que la *litiscontestatio* se verifica. Un texto decisivo para esta significacion de *conventus* es la L. 8, de nox. act. (IX, 4), y para la de *petitum* la L. 22, de reb. cred. (XII, 1). Véase Wächter, H., 3, p. 66, 67.

(*v*) Encuéntrase la verdadera explicacion, en cuanto á la parte más esencial, en Voorda, Interpr. II, 19, Wächter, H. 3, p. 112.

ple existencia de la accion, y refiriendo nuestro texto al procedimiento ordinario, se restringía la disposicion al caso en que el difunto hubiese de propósito retardado la *litiscontestatio*, y se decía que estos manejos desleales no impedían el ejercicio de la accion contra los herederos (*w*). Haloander resuelve la dificultad de otra manera proponiendo esta correccion un tanto atrevida: transmissam *non* videri, quasi lite contestata *eo* mortuo (*x*).

3) L. 20, § 6, 7, 11, de her. pet. (V, 3).

El senado-consulto Juventiano hablaba primeramente de los derechos del fisco á una *caduca hereditas*, es decir, de un *extraordinarium judicium* llevado ante los agentes del fisco; pero se aplicaba tambien este senado-consulto á los procesos ordinarios entre personas privadas (*y*). En el caso que formaba el objeto primitivo del senado-consulto debía admitirse una época que reemplazara la *litiscontestatio* del procedimiento ordinario. Volveré más adelante sobre esta indicacion (§ 264).

El lugar asignado á la *litiscontestatio* en los tiempos antiguos podía permanecer el mismo, aun despues de haberse trasformado todas las acciones en *extraordinaria judicia*. El cambio quedaría reducido, en este caso, á hacer de la excepcion primitiva la regla general. Así aparece, en efecto, en una de las primeras constituciones de Justiniano (*z*), donde, conforme á los principios del rescripto de Severo y Antonino, más arriba citado, se designa la época de la *litiscontestatio* en los siguientes términos:

«Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam.»

Leyes posteriores de Justiniano añadieron las disposiciones siguientes:

Veinte dias despues de notificarse la demanda al deman-

(*w*) Siguiendo á varios autores, había admitido esta interpretacion (t. III, var. not.); la que abandono hoy enteramente porque el texto no ofrece vestigio alguno de esta suposicion. Kierulf, p. 281, considera este texto como una prueba de que los romanos habian atribuido ya los efectos de la *litiscontestatio* á la citacion del demandado.

(*x*) La leccion de la Vulgata «*remissam non* videri» parece favorecer esta correccion, pero el sentido es idéntico al del manuscrito de Florencia.

(*y*) L. 20, § 9, de her. pet. (V, 3).

(*z*) L. 14, § 1, C. de jud. (III, 1).

dado, debe este presentarse ante el magistrado y formalizar la *litiscontestatio*. Durante este plazo, ninguna declaracion del demandado le obliga ni se considera como *litiscontestatio (aa)*.

El demandante, por su parte, debe prestar caucion de no diferir la *litiscontestatio* más de dos meses *(bb)*.

Estas disposiciones sólo conciernen á las formas del procedimiento y no modifican de modo alguno la esencia de la *litiscontestatio*.

Así, pues, esta consiste, segun los principios del nuevo derecho justiniáneo, de igual manera que segun los del antiguo derecho, *en las respectivas declaraciones de las partes sobre la existencia y el contenido del proceso, hecha ante la autoridad judicial.*

Pero de hecho es preciso reconocer que, segun las modificaciones generales introducidas en el procedimiento, frecuentemente y áun en la mayor parte de los casos, interviene la *litiscontestatio* mucho más tarde que el procedimiento antiguo.

§ CCLVIII. *De lo que constituye la litiscontestatio.*—I. *Derecho romano* (Continuacion).

He examinado hasta aquí la naturaleza exterior de la *litiscontestatio*, la forma, la época y los signos característicos de este acto de procedimiento. Paso ahora á estudiar su naturaleza intima y jurídica, estudio que tiene mucha más importancia que el primero, pues se refiere directamente á los efectos de la *litiscontestatio*, y nos ofrece además un interés ménos dependiente de las circunstancias históricas que subsisten hoy todavía.

Recordaré, desde luego, que todo derecho de accion, cualquiera que sea la relacion que le sirva de base, tiene la naturaleza de una *obligacion* (§ 205). Debemos, pues, representarnos la *litiscontestatio* como el acto de procedimiento que da á esta obligacion una existencia real y un objeto determinado.

Ejerce la *litiscontestatio* una doble influencia sobre la re-

---

(aa) Nov. 53, C. 3, Nov. 82, C. 10, Auth. Offeratu, C. de L. C. (III, 9).
(bb) Nov. 96, C. 1, Auth. Libellum, C. de L. C. (III, 9).

lacion litigiosa de derecho; influye sobre el pasado y sobre el porvenir: sobre el pasado, porque una vez deducida la accion *in judicium*, y por tanto consumada, no puede ser ejercitada de nuevo; sobre el porvenir, porque la *litiscontestatio* forma la base de una modificacion esencial para el contenido de la sentencia futura.

La influencia relativa al pasado, es decir, la consumacion de la accion, nos aparece bajo dos formas diferentes.

Respecto de las acciones *in personam* con *juris civilis intentio*, pertenecientes á los legitima *judicia*, se verificaba la consumacion *ipso jure*; en todas las demás acciones tenía lugar por medio de una *exceptio rei in judicium deductœ (a)*.

En esta materia encontramos tambien el término *novatio*, hallado directamente respecto á los tiempos antiguos en un solo texto de Papiniano (*b*), é indirectamente en el Digesto y en una constitucion de Justiniano (*c*). No tenemos, sin embargo, razon alguna para sospechar de la autenticidad de esta expresion técnica (*d*); pero la naturaleza, por demás conocida, de la novacion, nos autoriza para sentar desde luego dos principios, por más que no tengamos sobre este punto ningun testimonio directo. Primero; este término debe restringirse al caso en que la novacion se verifica *ipso jure* (nota *a*), puesto que *ipso jure* se verifica siempre la novacion. Segundo; esta novacion, es decir, toda consumacion *ipso jure* tiene lugar por medio de una estipulacion, pues en

---

(*a*) Gayo, III, § 180, 181, IV, § 106, 107, 98.

(*b*) Fragm. Vat., § 263: «...nec interpositis delegationibus aut *inchoatis litibus actiones novarit.*»

(*c*) L. 29, de nov. (XLVI, 2): «Aliam causam esse *novationis voluntariœ*, aliam *judicii accepti*, multa exempla ostendunt.« La frase *novatio voluntaria* puede inducir á suponer el contraste con una *novatio necesaria* resultante de la *litiscontestatio*; pero esta última expresion no aparece nunca mencionada. En cuanto á la idea del contraste con la consumacion nacida de la *litiscontestatio*, resulta con evidencia de los textos citados en las notas *a* y *b*. L. 3, pr. C. de us. rei jud. (VII, 54): «si enim novatur judicati actione prior contractus» rel. Aquí hace Justiniano intervenir inoportunamente la *novatio*, caida en desuso desde hacía largo tiempo, para justificar su nueva prescripcion sobre los intereses judiciales.

(*d*) Gayo, IV, § 176-179, trata de la *novatio* originada por la estipulacion voluntaria; los párrafos 180 y 181 sin repetir el término *novatio*, hablan de la repeticion que entraña la *litiscontestatio*. Mas esto se explica por la naturaleza enteramente anómala de esta última novacion, como se desprende claramente de la L. 29, de Nov. (nota *c*).

principio, la novacion no es otra cosa que la anulacion de una obligacion por transformarse en una *verborum obligatio* (e).

La cuestion sobre la suerte que cupo á la consumacion en general y á esta novacion en particular, no presenta incertidumbre alguna. Ambas desaparecieron enteramente sin dejar el menor vestigio, á causa de que el fin práctico que con ellas se alcanzaba se consiguió por medios diferentes y más seguros. La palabra novacion se vuelve á encontrar en dos textos del derecho justiniáneo (nota c), pero debido á una circunstancia puramente accidental y careciendo de significacion práctica. Así, pues, no tiene ninguna justificacion la doctrina de varios autores modernos que consideran la novacion resultante de la *litiscontestatio* como una institucion del derecho justiniáneo y áun del derecho actual (f). En cuanto á la influencia de la *litiscontestatio* sobre el porvenir, es evidente que engendra una relacion obligatoria que responde por completo á necesidades fundadas en la naturaleza general de los litigios (§ 256). Tenemos ahora que indagar las formas jurídicas bajo las cuales se constituye esta relacion obligatoria, cuestion bastante difícil y complicada.

Respecto á las acciones *in rem*, poseemos el testimonio

(e) L. 1, 2, de Nov. (XLVI, 2), Gayo, III, § 176-179. Reconozco, por lo demás, que esta conclusion, fundada en la analogía, no tiene carácter de certidumbre, pues en vista de la anomalía de la estipulacion, pudo haberse regulado este punto de otra manera.

(f) Así Glück, t. VI, p. 205 y varios otros autores. Respecto á la opinion contraria, V. Wächter, H., 3, p. 38 y sig. Debo tambien abandonar la nueva novacion que había ántes admitido como contenida en el juicio (t. IV), engañado por la antigua fraseología de que se sirve Gayo, III, § 180, y por la asercion de Justiniano, citada en la nota c. No podría invocarse ninguna necesidad práctica ni testimonio alguno cierto para asegurar la existencia de una novacion en el sentido puramente romano. V. Wächter, H., 3, p. 47-48. Este punto no introduce dudas de ninguna especie sobre las nuevas relaciones de derecho que engendra todo juicio regular, materia de que hablaré más adelante con detenimiento. El resultado práctico es completamente idéntico al de una novacion verdadera, porque dada la sentencia, no puede ya el demandante hacer valer su antiguo derecho. Dudo, sin embargo, de que ningun jurisconsulto haya aplicado nunca á la sentencia la frase *novatio*. El perentorio *ipso jure* que forma el carácter esencial de la novacion, resultaba ya de la *litiscontestatio*, y no quedaba, por consiguiente, lugar alguno para una segunda novacion.

directo y positivo de Gayo *(g)*. Este jurisconsulto nos dice que el demandado tiene la ventaja de conservar la posesion de la cosa litigiosa mientras dura el proceso (*possidere conceditur*). Pero al mismo tiempo debe el demandado *prometer* una indemnizacion por medio de una estipulacion *judicatum solvi*, para el caso en que sucumba, y *garantizar* esta indemnizacion suministrando cauciones (*cum satisdactione cavere*), en virtud de las cuales puede el demandante perseguir al demandado mismo ó á los que han respondido por él (aut *tecum* agendi, aut *cum sponsoribus tuis)*. El objeto de la *stipulatio judicatum solvi* de las cauciones, idénticas sin duda á la del demandado como deudor principal, resulta perfectamente explicado. Esta estipulacion contenía tres cláusulas: de re judicata; de re defendenda, y de dolo malo (*h*). Debemos, pues, respecto de las *in rem actiones*, admitir al lado de la *litiscontestatio*, una estipulacion que sirviera de base á las obligaciones especiales de aquélla nacidas; pero carecemos de datos sobre la forma de este procedimiento, por lo cual no entro á determinar si la *litiscontestatio* se fundía en la estipulacion, ó si estos dos actos eran distintos pero simultáneos.

Por lo demás, no debe creerse que dicha estipulacion operase de antemano la novacion de la futura *judicati actio*, impidiendo que esta naciera. Ciertamente que no hubiera tenido nada de imposible semejante novacion (*i*); pero como es un elemento esencial de todas las novaciones la intencion de sustituir una obligacion á otra *(k)* y tal intencion no existe en este caso, no dejaba de nacer la *actio judicati*, de modo que el demandante que ganaba el pleito podía escoger entre la *judicati actio* y la accion nacida de la estipulacion, ya contra el demandado, ya contra sus *sponsores (l)*.

(*g*) Gayo, IV, 89. Hé aquí el texto completo: «Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes. Æquum enim visum est te de eo, quod interea tibi rem, quæ an ad te pertineat dubium, est possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere: ut si victus sis, nec rem ipsam rest tuas, nec litis æstimationem sufferas, sit mihi potestas, aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis.» El § 91 dice expresamente que esta estipulacion era llamada *judicatum solvi*, de igual manera que la aplicada á las demás acciones personales.

(*h*) L. 6, 17, 19, 21, jud. solvi (XLVI, 7).

(*i*) L. 5, de nov. (XLVI, 2).

(*k*) L. 2, de nov. (XLVI, 2).

(*l*) L. 8, § 3, de nov. (XLVI, 2), L. 38, § 2, de sol. (XLVI, 3); Paulo,

Toda esta organizacion de la *petitoria formula* nada tenía, por otra parte, de nueva. Era la consecuencia y el desenvolvimiento del antiguo principio de derecho que había creado el *prædes litis et vindiciarum* en la *legis actio* y la *stipulatio pro præde litis et vindiciarum* en el procedimiento *per sponsionem (m)*.

Tal era, segun testimonios enteramente ciertos, lo que acontecía respecto á las acciones *in rem*. En cuanto á las personales, la cuestion es ménos sencilla y clara.

Examinemos, primeramente, las acciones personales en que se verificaba la consumacion *ipso jure*, por vía de novacion (nota *a*). Se distinguen estas de las acciones *in rem*, en que el demandado no presta ninguna garantía especial durante el proceso, y en que el demandante no tiene que temer la destruccion ó la pérdida de la cosa litigiosa. La caucion suministrada por el demandado no es aquí la regla sino la excepcion (*u*). Por otra parte, podemos admitir que el demandado otorgase estipulacion por sí mismo, con tanto más motivo, cuanto que la novacion supone por sí la existencia de una estipulacion (nota *e*). Esta debía, sin duda, contener las tres cláusulas ordinarias de la estipulacion de las cauciones en un proceso (nota *h*), no existiendo, á este respecto, ninguna diferencia entre las acciones personales y las *in rem*. Y aún existe mayor certidumbre para admitir una estipulacion semejante en el demandado por accion personal; pues en casos excepcionales, ó por especiales motivos, estaba obligado á prestar la caucion *judicatum solvi*. En efecto, la estipulacion de la caucion tenía entónces por base la estipulacion del demandado, lo cual no solamente se desprende de la naturaleza misma del asunto, sino que tambien tenemos de ello pruebas directas *(o)*.

V. 9, § 3. Buchka, *Einfluss des Prozesses*, I, 234, hace la misma observacion, pero con un fin erróneo. No podía en este punto suscitarse una cuestion relativa á una novacion que se retrotrajese al pasado y anulase la obligacion primitiva, como sucedía en el caso de varias acciones personales (notas *a*, *b*, *c*, *d*) pues en general las acciones *in rem* no tenían por base una obligacion.

(*m*) Gayo, IV, § 91, 94,

(*n*) Gayo, IV, § 102.

(*o*) L. 38, § 2, de sol. (XLVI, 3). Así á la *satisdatio* acompañaba siempre una *repromissio*, la cual, faltando la *satisdatio*, se llamaba *nuda* repromissio. L. 1, § 5, de stip. præt. (XLVI, 1).

En los numerosos casos en que la estipulacion acompañaba á la accion personal, se insertaba siempre la *doli clausula* (nota *h*); por donde se comprende que despues de la *litiscontestatio* ofrecían la misma latitud las acciones rigurosas que las libres (*p*).

Respecto á todas las demás acciones personales, es decir, aquellas en que la *litiscontestatio* producía la consumacion *per exceptionem* (sin novacion), y no *ipso jure*, y en que la caucion *judicatum solvi* no se exigía excepcionalmente, podría admitirse una estipulacion al lado de la *litiscontestatio*, de modo que fuera ésta en todos los casos acompañada de la estipulacion dicha. Pero esta hipótesis no se encuentra confirmada por ningun testimonio, y áun parece poco verosímil, porque destruiría la explicacion más fácil y sencilla de la diferencia establecida entre las dos clases de acciones, una vez que la estipulacion implica naturalmente la novacion y su ausencia la excluye.

Como en esta numerosa clase de acciones engendra tambien la *litiscontestatio* una obligacion nueva, si no admitimos respecto á ellas la estipulacion antedicha, debemos buscar otra forma de derecho con la cual se relacione esta obligacion. La misma necesidad se hacía sentir respecto á los *extraordinaria judicia*, que en tiempo del procedimiento por fórmulas constituían la excepcion y más tarde la regla general. Por tanto, la indagacion de esta forma de derecho constituye una cuestion de gran amplitud é importancia.

Los comentaristas del derecho justiniáneo la resuelven diciendo que la *litiscontestatio* es un cuasi-contrato que engendra, por consiguiente, obligaciones contractuales (*q*). Podemos adoptar esta teoría porque reconoce la naturaleza contractual de la relacion, que efectivamente es un contrato verdadero, fundado en una determinacion libre, sino un *contrato ficticio*, como la *negotiorum gestio* y la tutela, donde la obligacion resulta de los actos de una de las partes sin el concurso de la otra, por más que veamos obrar las dos partes en la *litiscontestatio*. La base de la obligacion

---

(*p*) V. IV, p. Debe ser rectificado este pasaje en cuanto á la amplitud de su aplicacion, segun explicaré más adelante; pero el fondo es verdadero.

(*q*) Keller, § 14, y ántes de él la mayor parte de los autores.

no descansa en una determinacion libre, que podian no haber tomado estas partes, sino en las prescripciones imperiosas del derecho de procedimientos (*r*).

Tengo que añadir algunas observaciones sobre la naturaleza contractual ó cuasi-contractual de la relacion que la *litiscontestatio* engendra en toda clase de procesos.

El reconocimiento más general de la relacion de derecho que se deriva de la *litiscontestatio*, independientemente de la relacion anterior, se encuentra en el siguiente texto de Ulpiano.

L. 3, § 11, de peculio (XV, 1): «Idem scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat; etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; nam *sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi*: proinde non originem judicii spectandam (*s*) sed ipsam judicati velut obligationem (*t*).»

Este texto es igualmente exacto en la hipótesis de una estipulacion real contenida en la *litiscontestatio*, lo cual es casi cierto respecto al antiguo derecho, como en la hipótesis del cuasi-contrato; expresa, pues, con mucha precision el carácter general y permanente de la relacion de derecho engendrada por la *litiscontestatio*.

La naturaleza contractual ó cuasi-contractual de esta relacion nos explica de una manera satisfactoria varios hechos mencionados en el anterior §. Explícanos desde luego la razon de que la *litiscontestatio*, y no la concepcion de la fórmula, sirva siempre para determinar la época decisiva é importante señalada en todo proceso. El carácter de con-

---

(*r*) Bethman-Hollweg, p. 75, 79, no admite contrato, sino una convencion de procedimiento cuyo objeto es la obediencia al *judicium*. Este punto de vista es verdadero, pero demasiado exclusivo y no expresa lo que hay de esencial y permanente en el conjunto de esta relacion. Se encuentra una frase muy apropiada al asunto en la L. 3, pr. jud. solvi (XLVI, 7): «sententiæ... se subdiderunt.» Donelo, XII, 14, § 6. 9, trata de probar con argumentos muy sútiles que la *litis contestatio* no es un cuasi-contrato, sino un verdadero contrato tácito. Olvida que un elemento esencial del contrato, tácito ó expreso, es la voluntad libre y que esta voluntad no existe en este caso.

(*s*) Es decir, no la relacion primitiva y fundamental de derecho que precede al litigio.

(*t*) Es decir, pero la obligacion resultante de la estipulacion contenida en la *litiscontestatio* y que tiene por objeto la ejecucion de la sentencia, L. 6, jud. solvi (XLVI, 7), «de re judicata.»

trato impreso á la *litiscontestatio* servía de base á los efectos jurídicos que comenzaban desde esta época; la fórmula era una instruccion dirigida al *judex* y no obligaba directamente á las partes. Nos explica, de igual modo, la causa de verificarse la *litiscontestatio* ante el pretor y no ante el *judex*. Era el primero, por su autoridad, más propio que el segundo para imponer á las partes este contrato sobre el cual descansaba todo el litigio.

Tambien nos dá á conocer de qué manera el derecho de intentar una accion popular, que pertenecía por sí misma á todos los Romanos, se trasformaba por la *litiscontestatio* en una obligacion verdadera que formaba parte de los bienes del demandante (*u*).

No debe creerse que el carácter de contrato hubiera sido impuesto á la *litiscontestatio* arbitrariamente ó por casualidad y que todas estas consecuencias más arriba enumeradas, que hubieran podido considerarse como indiferentes ó perjudiciales en sí se hayan deducido despues lógicamente. Por el contrario, se quisieron obtener intencionalmente estas consecuencias conforme á la naturaleza del litigio, para cuyo fin servía perfectamente el carácter de contrato atribuido á la *litiscontestatio* (antiguamente por medio de una estipulacion real).

El contenido de la relacion contractual consiste desde luego en la sumision de ambas partes al *judicium* (nota *r*). Esta sumision se refiere en todas las acciones al *judicium* propiamento dicho, y además, en las acciones arbitrarias, al *jussus* ó *arbitratus* preliminar relativo á la restitucion material de la cosa (*v*). Este contenido especial y su motivo resultan con evidencia de las consideraciones siguientes, fundadas en la nateraleza general del litigio y en las necesidades que se trataba de satisfacer (§ 256). Al presentarse las dos partes ante el juez, se ignora enteramente cuál de ellas tiene la razon. En este estado de incertidumbre, es preciso proveer á todas las eventualidades, necesidad que obliga á las partes á hacer un contrato, ó bien, segun la regla gene-

---

(*u*) Véase sobre este punto los testimonios aducidos en el § 73, t. I, página 355, nota *c*.

(*v*) Por esta causa la inejecucion de la sentencia se considera como la inejecucion de una obligacion, es decir, como una *mora*. V. § 273, *u*.

ral del derecho posterior, á dejarse tratar de igual manera que si se hubiera formalizado dicho contrato. El contenido de éste, conforme á la mencionada necesidad, es la reparacion del perjuicio nacido de la duracion inevitable del proceso (*w*); en otros términos, el demandante que gana su pleito, debe obtener todo lo que hubiera conseguido si la sentencia se hubiese dictado al comenzar el litigio (*x*). Hé aquí como motiva y justifica Gayo este contrato respecto á las acciones *in rem*: se permite al demandado poseer la cosa litigiosa durante la sustanciacion del proceso; mas por su parte, debe prometer la indemnizacion correspondiente, y garantizarla por medio de cauciones *(y)*.

La obligacion contractual que acabo de describir relativa á las trasformaciones que siguen á la *litiscontestatio*, ha subsistido siempre en derecho romano y existe todavía en el derecho actual. Unicamente ha desaparecido por completo del derecho justiniáneo la forma de una estipulacion expresa, y esto aun en los casos en que se empleaba antiguamente.

§ CCLIX.—*De lo que constituye la litiscontestatio.*—II. *Derecho canónico* y *leyes del Imperio.*

El derecho canónico ha conservado el principio de la *litiscontestatio* romana (§ 257), pero se ha ocupado principalmente de una cuestion que ha adquirido más tarde la más alta importancia, á saber: cómo y cuándo puede ser obligado el demandado á cumplir por su parte los actos que constituyen una verdadera *litiscontestatio*. Son estos, desde luego, una declaracion sobre el contenido de la demanda ó so-

---

(*w*) L. 91, § 7, de leg. 1: «causa ejus temporis, quo lis contestatur, *repræsentari* debet actori.»

(*x*) L. 20, de R. V. (VI, 1): «ut omne habeat petitor quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur restitutus illi homo fuisset.» El mismo lenguaje se usa en la L. 31, de R. C. (XII, 1) y en muchos otros textos. Estas afirmaciones, como tambien la contenida en la nota *w*, emitidas con ocasion de relaciones particulares de derecho, se reproducirán más adelante, cuando se entre en la exposicion de los detal es. Trátase aquí únicamente de fijar el punto de vista general.

(*y*) Gayo, IV, § 89. V. ántes nota *g*. Concíbese, en efecto, que con este fin puede recurrirse como garantía al secuestro, y á esto responde el «*possidere conceditur*.»

bre los hechos que le sirven de base, y además, la presentacion de las excepciones que pueden existir (§ 257). Concíbese, en efecto, que si el demandado se limitase á presentar excepciones sin explicarse sobre la demanda, no podría este acto constituir la *litiscontestatio*, ni reemplazarla, y que el demandado debería ser obligado á realizar los a tos necesarios para el cumplimiento de una verdadera *litiscontestatio*. Algunas prescripciones sobre este objeto especial, que no existían en derecho romano, pudieran hacer creer que la *litiscontestatio* es exclusivamente el acto del demandado, es decir, su declaracion sobre los *hechos* alegados por el demandante, miéntras que en derecho romano la *litiscontestatio* resulta del concurso de ambas partes, y aun la frase *litem contestari* designa el acto del demandante y no el del demandado (§ 257, *g.)* Más adelante veremos que esta falsa apariencia ha hecho nacer una fraseología viciosa que paulatinamente ha sido adoptada por la generalidad. No debe, sin embargo, atribuirse este error al derecho canónico, donde no existe ningun término que se separe del derecho romano.

El más antiguo texto del derecho canónico relativo á la *litiscontestatio* no se ocupa todavía de la cuestion especial que acabo de exponer *(a)*. Se somete al Papa Gregorio IX un negocio en que las partes habían presentado al juez por escrito sus declaraciones respectivas (positiones y responsiones) sobre diversos puntos del litigio (super pluribus articulis) y habían manifestado lo que se proponían mantener ante el tribunal (quæ partes *voluerunt* proponere coram eis). El Papa decide que no existe aquí *litiscontestatio* verdadera, y que las partes debían renovar sus declaraciones para formalizar regularmente el litigio: «quia tamem litis contestationem non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed *per petitionem in jure propositam et responsionem secutam litiscontestatio fiat.*»

De este contraste resulta que los actos preparatorios escritos son insuficientes, y que para una verdadera *litiscontestatio* es preciso la comparecencia de las partes ante el

---

(a) C. un. X, de lit. cont. (II, 5). Los mismos términos se encuentran reproducidos en otra decretal del mismo Papa: C. 54, § 3, X, de elec. (I, 6).

juez, y su declaracion completa sobre el objeto del litigio. Los escritos preliminares se distinguen aquí perfectamente de estas declaraciones, y debe advertirse que la decision del Papa está enteramente conforme con el derecho romano.

Las dos decretales siguientes conciernen á la relacion mencionada más arriba entre la *litiscontestatio* y las excepciones.

El Papa Inocencio IV decide que el demandado no puede impedir ni retardar la *litiscontestatio* por medio de la presentacion de excepciones, salvo las «de re judicata, transacta seu finita.» *(b)*.

El Papa Bonifacio VIII confirma esta decision con la adicion muy natural de que una simple excepcion no puede ser considerada como el cumplimiento de la *litiscontestatio (c)*.

Voy ahora á exponer las modificaciones esenciales introducidas en la *litiscontestatio*, tanto por las leyes del Imperio, como por la práctica y la literatura jurídica de los tiempos modernos (*d*). Para dar una base sólida á esta exposicion es conveniente hacer notar desde luego el objeto final conseguido despues de largos desenvolvimientos y patentizar la actual situacion del asunto, tan perfectamente tratado por los autores y por la práctica, que confrontándolo con las fuentes y juzgándolo á la luz de los principios, no puede pretenderse más reforma en su aplicacion que la referente á algunos puntos aislados.

El principio moderno puede formularse de este modo: la *litiscontestatio* es el acto, distinto de todas las excepciones, que contiene la declaracion del demandado sobre los hechos alegados en la demanda.

Esta teoría se separa del derecho romano en dos puntos esenciales.

Primero. Presenta la *litiscontestatio* como un acto verificado por el demandado solo, miéntras que en derecho romano la *litiscontestatio* resulta del concurso de ámbas partes y aún designa la frase especialmente la participacion del demandante (§ 257).

(*b*) C. 1, de lit. cont. in VI, (II, 3). Estas han sido llamadas por los autores excepciones litis ingressum impedientes.
(*c*) C. 2, de lit. cont., in VI, (II, 3).
(*d*) Trata este asunto con detalles Vächter, H., 3, p. 70, 88.

Esta desviacion, más bien que á un cambio en los principios del derecho, se refiere á una modificacion en las formas del procedimiento. En una sustanciacion formalizada en su totalidad por escrito no pueden existir actos simultáneos de las dos partes y hay que admitir como *litiscontestatio* un acto del demandado que, refiriéndose por su contenido á uno precedente del demandante, forme un conjunto equivalente á las declaraciones respectivas de las partes, verificadas, segun el derecho romano, ante el magistrado. Semejante desviacion es tambien extraña á las leyes del Imperio, las cuales suponen siempre en los términos y en las audiencias una declaracion oral de las partes *(e)*.

Tampoco tienen importancia alguna la desviacion dicha para el objeto que nos ocupa, es decir, para determinar la época en que comienzan los efectos positivos de la *litiscontestatio*, pues únicamente nos dá á conocer la diferencia que existe sobre este punto entre el derecho romano y el derecho actual.

Segundo. Se separa tambien esta teoría del derecho romano en que reduce la *litiscontestatio* á una declaracion sobre los hechos alegados por el demandante, miéntras que aquel derecho incluye en ella todos los materiales de que se compone la *formula*, y por tanto, la declaracion completa de los hechos y todas las excepciones, las réplicas y las dúplicas. A primera vista podría creerse que se ha querido facilitar y abreviar la *litiscontestatio*, pues una simple declaracion sobre los hechos no exige todos los detalles de la *litiscontestatio* romana. Veremos, sin embargo, seguidamente, que no se ha obtenido este resultado.

El principio moderno implica la necesidad de dividir la *litiscontestatio* en *afirmativa*, *negativa* y *mixta*, segun que el demandado reconoce los hechos alegados por el demandante ó los niega, ya en totalidad ó en parte *(f)*. Por lo de-

---

(e) Artikel des K. G. zu Lindau, etc. von 1500, art. XIII, § 1, 2 (Neueste, Sammlung der R. A. Th. 2, p. 75). Primeramente se expresa como si la *litiscontestatio* fuera un acto del demandado: despues añede: «item, y de este modo *queda fijado* el debate *para ambas partes*» etc. K. G. O. von. 1523, art. 3, § 3, (p. 248), «si no se propone ninguna excepcion... *el demandante debe fijar el objeto del litigio*» etc. (Al márgen se lee: litiscontestatio).

(f) Pudiera decirse que la lit. cont. negativa es una simple negacion opuesta á la demanda, lo cual nada decidiria sobre el reconocimiento to-

más, la *litiscontestatio afirmativa* se refiere necesariamente á las excepciones, sin ésto, léjos de expresar la intencion de sostener el litigio, respondería á la *in jure confessio* de los Romanos (*g*).

La segunda desviacion resulta ya de las leyes del Imperio, pues se ocupan principalmente de impedir que la *litiscontestatio* pueda ser diferida, si bien no lo hacen con la intencion de innovar, sino por seguir la fraseología entónces dominante.

Para esclarecer completamente este hecho es preciso exponer con detalles el contenido de las leyes del Imperio, á cuyo efecto puede comenzarse por la ordenanza de 1555 que ha reemplazado á las leyes anteriores mucho ménos completas.

Esta ley admite tres dias de audiencia por semana: el lunes, el miércoles y el viernes. Cada nuevo término se fija por un cierto número de dias de audiencia, calculados desde el último acto de procedimiento: estos plazos son la duodécima audiencia para los negocios ordinarios (*in ordinariis*) y la sexta para los negocios sumarios (*in extraordinariis*; la duracion del término varía, pues, segun la naturaleza del negocio (tít. I; tít. II, § 1). Por regla general debe tener lugar la *litiscontestatio* en el segundo término, es decir, á la duodécima audiencia despues del último término. Esta regla tiene su excepcion cuando se proponen excepciones dilatorias ó que suspenden el procedimiento (*h*).

---

tal ó parcial ni sobre la presentacion de las excepciones. Pero este punto de vista es extraño al derecho romano, al derecho canonico y aún á las leyes del Imperio posteriormente dictadas, como en seguida demostraré. Semejante negacion no significaría más que la exclusion de una pura *confessio*, es decir, la declaracion expresa de sostener el litigio, intencion sobre la cual no existe la menor duda en la mayor parte de los casos. Esto no hace adelantar un solo paso al debate judicial, por lo que no hay motivo para concederle consecuencia alguna práctica. Antiguas leyes del Imperio admiten una *litiscontestatio* en el sentido de que acabo de hablar (V. nota. *i*).

(*g*) Los glosadores han discutido con frecuencia la cuestion sobre si una pura *confessio* podía valer como *litiscontestatio* y servir de base para una condena. Está discusion solo versa sobre las formas exteriores del procedimiento y carece de importancia práctica. En derecho romano existe esta regla cierta: confessus *pro* judicato est (L. 1, de confessis, XLII, 2): siendo, pues, inútil la sentencia, no se pronunciaba. Segun el procedimiento prusiano se verifica en semejante caso un acto equivalente á un reconocimiento (A. G. O. 1, 8. § 14. 16).

(*h*) Tít. XIII, § 1: «Cuando el demandado no tiene que oponer *excep-*

Estas excepciones deben ser examinadas entónces al tercer término y aún despues si hay pruebas que suministrar (tít. XXIV-XXXVI). Las demás excepciones perentorias deben ser presentadas en el cuarto término principal, y ser juzgadas en tres términos (tit. XXVII-XXIX).

En lo que respecta á la *litiscontestatio* se dice que el demandado resuelto á sostener el pleito debe rechazar la demanda, no por largos discursos, como hasta ahora se ha hecho, sino en pocas palabras y sumariamente, sin entrar en el pormenor de los hechos (*i*). Las declaraciones especiales sobre los diferentes puntos alegados por el demandante, deben presentarse en el cuarto término, y de este modo tales *responsiones* á todos los capítulos de la demanda se distinguen de la *litiscontestatio* por su denominacion y por el lugar que les está asignado en el procedimiento (tít. XV, §4).

Tienen estas prescripciones por objeto facilitar y abreviar la *litiscontestatio*, pues el demanddo no puede rehusar una negativa general mucho ménos larga y más fácil que las declaraciones especiales. Por otro lado, el demandado que quería alargar el proceso podía algunas veces, por medio de diversas excepciones y de los plazos que estas entrañan, dispensarse tambien de la denegacion general, impidiendo así la *litiscontestatio* (nota *h*).

La ordenanza de 1570 remedió este abuso, prescribiendo que fuera del segundo término tuviese lugar la *litiscontestatio* al mismo tiempo que las excepciones dilatorias (*k*).

Esta disposicion fué confirmada y extendida en la nueva ley del Imperio sobre el procedimiento (*l*). Ordena, en efecto, el último decreto del Imperio, que pasado el primer término, debe el demandado presentar dentro de sesenta dias, bajo pena de exclusion, todas sus excepciones y hacer una declaracion especial sobre todos los hechos contenidos en la demanda. No se llama á esta declaracion *litiscontestatio*, pero como esta expresion se encuentra en otros lugares de

---

ciones dilatorias, ú otras susceptibles de impedir la fijacion del litigio, debe, *in ordinariis*, responder á la demanda á la duodécima audiencia y fijar el punto del litigio.»

(*k*) R. E. 1570, § 89, 90; Neueste Sammlung, t. 3, p. 299.

(*l*) J. A. A. von 1654, §35-40; Neueste Sammlung, t. 3, p. 648, 649. El principal texto es el § 37.

la misma ley (*m*), no es dudoso que se aplica á semejante declaracion. Sólo en un caso puede el demandado rehusar la *litiscontestatio*, á saber, cuando discute la competencia del juez (*n*).

No puede desconocerse el progreso que resulta de esta ley y es evidente que si hubiera sido rigurosamente ejecutada habría respondido siempre á las necesidades de la práctica. Sin embargo, deja todavía al demandado numerosos medios para retardar la *litiscontestatio*. Puede abusarse especialmente de la excepcion de incompetencia y además, las formalidades exigidas en el § 36, cuando el demandado no comparecía dentro del primer término, motivaban largas dilaciones.

Esta ley no tiene principalmente aplicacion inmediata al procedimiento escrito que se estableció más adelante en la mayor parte de Alemania, procedimiento donde no existe término para las declaraciones orales, y que se llama las *cuatro piezas por escrito*. Si se aplicase aquí en todo su rigor el decreto del Imperio, sería preciso colocar la *litiscontestatio* en el *acto escrito de excepcion*, donde se contiene la declaracion sobre los hechos de la demanda, haya ó no excepciones que alegar. Asignar este lugar á la *litiscontestatio* sería conformarse por completo con el verdadero espíritu del derecho romano, salva una modificacion, por otra parte secundaria, consistente en que, segun el derecho romano la *litiscontestatio* contenía las réplicas y las dúplicas, y aquí se relegan éstas al tercero ó al cuarto *acto por escrito* (*o*).

Queda siempre, sin embargo, al demandado de mala fé más de un medio para retardar la *litiscontestatio*, perjudicando los derechos del demandante. Así, puede multiplicar las peticiones de plazos y prolongar abusivamente los que entraña la excepcion de incompetencia ; puede encontrar

---

(*m*) § 110: «no sólo ántes de la fijacion del litigio y de la *litiscontestatione*, etc.»

(*n*) § 37, in fin, y § 40.

(*o*) El *status causæ et controversiæ* del procedimiento prusiano tiene más estrecha relacion con el principio de la *litiscontestatio* de los romanos. Existe solamente la diferencia práctica muy esencial de que el *status* se fija al fin de los plazos y que el número y la extension de estos varía segun la voluntad de las partes.

tambien numerosos pretextos para rehusar ó abstenerse de formalizar la *litiscontestatio*. El procedimiento del derecho comun no ofrece ningun medio de evitar con entera certidumbre estos desleales manejos. Véase, además, una circunstancia que no debe olvidarse. Si, conforme á las ideas adoptadas, consiste la *litiscontestatio* en la declaracion sobre los hechos, ¿cómo debe procederse si esta declaracion es vaga, ininteligible ó incompleta, como, por ejemplo, si sólo se refiere á una parte de los hechos alegados en la demanda? Podría pretenderse, por una especie de ficcion, considerarla como una *litiscontestatio* verdadera; pero entónces sería necesario avanzar un paso más y decir que toda proposicion de excepciones, aunque no contuviese ningun vestigio de una declaracion sobre los hechos, constituye una *litiscontestatio* ficticia. Mas todo esto es puramente arbitrario, y sería una ilusion creer que se aplica de este modo el derecho romano, las leyes del Imperio ó la práctica moderna. Si muchos países no se han resentido de las perjudiciales consecuencias de estas dificultades, debe atribuirse á la vigilancia de los tribunales y á que la práctica ha cesado de tomar la *litiscontestatio* como el punto de partida de los cambios verificados durante el curso del litigio. Volveré más adelante sobre esta cuestion.

El procedimiento de Sajonia nos muestra el extremo á que pueden llegar los abusos en semejante materia. No es allí dudoso ver formalizarse una instancia entera sobre la negativa del demandado de llevar á efecto la *litiscontestatio*, pudiendo ser la sentencia que lo condena atacada por todas las vías de derecho y sometida á todos los grados de jurisdiccion.

§ CCXL.—*Efectos de la litiscontestatio.—Introduccion.*

Veamos ahora cuáles son los efectos de la *litiscontestatio* y de qué manera se relacionan éstos con el principio más arriba expuesto, consistente en la afirmacion de que el objeto de la institucion dicha es la reparacion del perjuicio ocasionado por la duracion inevitable del proceso (§ 256, 258). Estos efectos que voy á enumerar deben considerarse como desenvolvimiento de este fundamental principio. Algunas

observaciones preliminares son, sin embargo, indispensables para dar una base sólida á esta exposicion.

I. Los principios sentados en esta materia por los jurisconsultos romanos se refieren á dos aplicaciones de distinta especie; pero existe entre ámbas tanta analogía que se les puede atribuir una significacion idéntica.

La mayor parte de dichos principios se refieren á lo que debe contener la sentencia por efecto de la *litiscontestatio*, y son todavía directamente aplicables al derecho actual.

Otros versan sobre una cuestion que sólo puede presentarse en las *arbitrariæ actiones* (§ 221), á saber, la referente á los actos que debe verificar el demandado despues de la *litiscontestatio* y sobre el mandato del *judex* para evitar la senten ia. Consisten estos actos; como ántes se ha visto, en una restitucion ó en una exhibicion. La cuestion puede, pues, formularse de este modo: ¿qué es lo que debe hacer voluntariamente el demandado para evitar la sentencia? O lo que es lo mismo: ¿qué es lo que constituye una restitucion eficaz para prevenir la condena? (*a*) ¿Qué es lo que constituye una verdadera exhibicion? (*b*)

A pesar de la diferencia de los términos en que se han formulado estas dos cuestiones, son, sin embargo, idénticas, de modo que la respuesta á una de ellas puede, sin miedo de error, servir tambien para la otra. Hay, en efecto, identidad de contenido entre la restitucion suficiente para impedir la sentencia y la sentencia que se dictaría á falta de restitucion voluntaria (*c*), y recíprocamente. Como en la actualidad no tenemos *arbitrariæ actiones* (§ 224), las decisiones relativas á la restitucion y á la exhibicion verdadera nos ofrecen la ventaja indirecta de saber lo que debe contener la sentencia en el caso en que se necesite pronunciarla (*d*).

(*a*) L. 35, 75; 246, § 1, de V. S. (L. 16); L. 35, § 1, de rei vind. (VI, 1.

(*b*) L. 9, § 5, 6, 7, 8, ad exhib. (X, 4).

(*c*) Con la diferencia, sin embargo, de que la sentencia no podía versar más que sobre una suma de dinero, miéntras que la restitucion era material. V. t. IV, § 221. Es evidente que en ciertos casos particulares no produce la restitucion los mismos resultados que la sentencia. Pero en general hay identidad de contenido entre ámbas.

(*d*) Sin duda que en el derecho actual, como en el antiguo derecho romano, no hay condena cuando el demandado ejecuta durante el curso del litigio todo lo que pide su adversario. Mas hoy esta cuestion no tiene

II. Los efectos materiales de la *litiscontestatio* consisten en procurar una ventaja al demandante; pues á él es á quien perjudica la duracion inevitable del litigio y contra este perjuicio se dirije la reduccion artificial del juicio á la época de la *litiscontestatio* (*e*).

Este principio no es, sin embargo, tan absoluto, que dejara en todos los casos procurar esta referencia una ventaja para el demandante ó indemnizarlo de toda pérdida. Pueden existir tambien otras consideraciones prácticas cuya combinacion produzca en ciertos casos otro resultado. Algunas veces son bastantes poderosas estas consideraciones para impedir se aplique la reduccion. Vemos, pues, en esta institucion una cierta flexibilidad práctica.

III. El principio cuyo desenvolvimiento vamos á estudiar, descansa en una necesidad tan natural que debemos esperar encontrarla desde luego reconocida; y en efecto, su influencia se manifiesta ya en la antigua reivindicacion por medio de la *legis actio*. Desde el principio del litigio debía el demandado suministrar un *prædes litis et vindiciarum*, una caucion que garantizase la restitucion de la cosa y los frutos, es decir, una caucion contra el perjuicio que resultaba para el demandado de esperar el fin del litigio. Más tarde en la reivindicacion *per sponsionem*, se sustituyó al antiguo *prædes* una estipulacion *pro præde litis et vindiciarum*, esto es, otra formalidad para conseguir el mismo objeto; esta estipulacion, bajo otra forma y otro nombre distinto, vino á ser la estipulacion *judicatum solvi* de la *petitoria formula* (*f*).

Debe, pues, rechazarse como contraria á la historia la doctrina de un autor moderno (*g*) que considera el principio

---

importancia práctica, miéntras que en derecho romano las *arbitrariæ actiones* ofrecían al demandado un medio artificial de evitar un perjuicio mayor por una restitucion ó exhibicion voluntaria.

(*e*) L. 86, 87, de R. J. (L. 17); L. 29, de Nov. (XLVI. 2).

(*f*) Gayo, IV, § 91, 94, 89. Véase más arriba, § 258, *g*. Podría creerse que la *petitoria formula* no contenía convencion relativa á los frutos producidos durante el proceso; pero semejante convencion resulta de los siguientes términos del § 89: «ut si victus sis, *nec rem ipsam restituas*» rel; pues violando la falta del *restituere* la estipulacion y las cauciones del demandado (*commissa stipulatio*), entrañaba entónces la accion la indemnizacion por *omnis causa*. V. los textos citados en la nota *a*.

(*g*) Heimbach, Lehre von der Frucht, p. 155 y sig. Esta opinion ten-

de la reduccion á la época de la *litiscontesta tio* como introducida por una ley positiva, un senado-consulto de Adriano sobre la peticion de herencia. Pero semejante principio era bastante antiguo, por más que no se hubiese declarado bajo una forma abstracta, y sólo aparezca en sus aplicaciones particulares. Trasformado sucesivamente por los jurisconsultos pasó al senado-consulto de Adriano que contribuyó mucho á su desarrollo. Todos los que han escrito despues de este acto legislativo, acaso el más explícito que existió sobre esta materia, han debido tomarlo naturalmente como punto de partida de sus discusiones, sin pretender en modo alguno por esto que el citado principio se hubiera introducido por Adriano, y que no estaba en vigor ántes de él (*h*).

IV. Nuestro principio se resuelve en dos reglas principales. Puede suceder que las condiciones jurídicas de la condena existan en la época de la *litiscontestatio* y dejen de existir miéntras dura el proceso Pues bien, el principio exige que no por esto deje de ser pronunciada la condena.

Puede acontecer que en la época en que la condena interviene procure al demandante menores beneficios que si se hubiera pronunciado al verificarse la *litiscontestatio*. Nuestro principio exige que la sentencia se extienda lo necesario para compensar esta diferencia.

La primera regla asegura la condena por la reduccion artificial á la época de la *litiscontestatio*, sin cuya reduccion no hubiera debido pronunciarse.

La segunda regla determina la extension de la condena de modo que procure al demandante las mismas ventajas que hubiera obtenido pronunciándose la sentencia en el momento de la *litiscontestatio*. Ambas reglas reunidas, es decir, el principio en que se contienen como aplicaciones par-

---

dría alguna apariencia de fundamento si el principio se encontrase mencionado únicamente con motivo de las acciones nacidas de la herencia ó de la propiedad; pero se menciona tambien con motivo de las condictiones y nadie pretenderá que estas se hubieran creado bajo la influencia del Sc. Juventianum. V. L. 31, de reb. cred. (XII, 1).

(*h*) De este modo debe entenderse el siguiente pasaje de Paulo, en la L. 40, pr. de her. pet. (V, 3): «Illud quoque, *quod in oratione* D. *Hadriani est*, ut post acceptum iudicium, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est.»

ticulares se traducen por las frases siguientes: *causa* præstanda est, ó *causa* restitui *debet* (*i*).

Así, pues, *causa* ú *omnis causa, causa omnis* designa todo lo que en virtud de estas reglas debe ser atribuido al demandante por la sentencia.

§ CCLXI. *Efectos de la litiscontestatio.*—I. *La condena asegurada.*

Vamos ahora á enumerar los casos en que existen las condiciones de la condena en la época de la *litiscontestatio*, pero que dejan de existir durante la sustanciacion del litigio. La *litiscontestatio* tiene entónces por efecto asegurar la condena (§ 260).

I. Prescripcion de la accion despues de la litiscontestatio.

Un caso comun á las acciones de toda clase, es aquel en que la prescripcion comenzada ántes de la *litiscontestatio* se cumple durante el proceso.

Segun el antiguo derecho, resulta de ia *litiscontestatio* que la condena ha de pronunciarse apesar de esta prescripcion, ó en otros términos: la *litiscontestatio* interrumpe la prescripcion comenzada. El derecho romano nuevo decide que la insinuacion de la demanda interrumpe absolutamente la prescrion de la accion, y aquí se encuentra absorbido el efecto que atribuía el antiguo derecho á la *litiscontestatio*.

II. Usucapion posterior á la *litiscontestatio*.

Tratándose de las acciones *in rem* puede suceder que el derecho del demandante, por ejemplo, la propiedad que existía ántes de la *litiscontestatio* perezca durante el litigio; esta circunstancia no debe impedir la condena.

El caso más importante de esta clase es el de la usucapion. En efecto, cuando el demandante que ha comenzado la

---

(*i*) Si la mayor parte de los textos donde se encuentran estas expresiones sólo hablan de la segunda regla, cuya aplicacion tiene más importancia, y con especialidad de la restitucion de los frutos. No obstante, hé aquí algunos textos cuyos términos abrazan evidentemente ámbas reglas: § 3, J. de off. jud. (IV, 17), L. 35, de V. S. (L. 16): «Restituere autem is intelligitur qui simul *et causam actori reddit*, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, *id est et usucapionis causam*, et froctuum.» Ahora bien, la *usucapionis causa* es una aplicacion de la primera regla.

usucapion en la época de la *litiscontestatio*, la cumple durante el litigio, de modo que en el momento de la sentencia el verdadero propietario es el demandado y no el demandante, ¿cómo venir en auxilio de este? (*a*).

Nada me parece más natural que asimilar este caso al de la prescripcion y decidir que la *litiscontestatio*, ó bien la insinuacion de la demanda, interrumpe la prescripcion, de modo que no cambia de mano la propiedad.

Este pensamiento, sin embargo, es enteramente extraño al derecho romano, el cual reconoce de la manera más formal (*b*) la continuacion y el cumplimiento de la usucapion durante el litigio. Pero viene en auxilio del demandante por un medio indirecto, obligando al demandado á restituir á su contrario la propiedad adquirida, restitucion que en el antiguo derecho debía con frecuencia efectuarse por la mancipacion y en el derecho nuevo por la tradicion. El demandado debe además prestar caucion para el caso en que hubiese verificado modificaciones perjudiciales al derecho sobre la cosa durante el tiempo en que ha sido propietario (*c*).

Fundándose en dos motivos diferentes, se ha sostenido que estas reglas no eran aplicables al derecho actual y que la *litiscontestatio* (ó la insinuacion) interrumpía tambien la usucapion. Se dice que por consecuencia de la *litiscontestatio* cesaba el poseedor de serlo de buena fé, y que segun el derecho canónico la usucapion se interrumpe por toda clase de *mala fides*, áun la *mala fides superveniens* (§ 244). Volveré á tratar más adelante (§ 264) sobre la mala fé que se pretende hacer resultar de la *litiscontestatio*, cuando, aunque se la quisiera admitir en un sentido figurado y por una espe-

---

(*a*) Este caso se encuentra perfectemente tratado en Keller, páginas 173-179.

(*b*) L. 2, § 21. pro emt. (XLI, 4); L. 17, § 1, in f. de rei vind. (VI, 1). Los textos citados en la nota siguiente prueban de igual modo este principio, pues la restitucion de la propiedad no sería necesaria ni posible cuando el demandado no hubiese adquirido la propiedad por medio de la usucapion.

(*c*) L. 18, 20, 21, de rei vind. (VI, 1); L. 35, de V. S. (L. 16, V. § 260, *i*); L. 8, § 4, si serv. (VIII, 5): «quemadmodum placet in dominio ædium.» El «debet eum *tradere*» de la L. 18 cit. se debe á una interpolacion evidente, pues Gayo sabía perfectamente que la propiedad de un esclavo no se transfería por la tradicion, sino por la mancipacion ó por una *in jure cessio*.

cie de ficcion, no lo sería, por lo ménos, en la significacion directa que le da el derecho canónico; pues sería absurdo decir, despues de la *litiscontestatio*, todo demandado se encuentra en estado de pecado, que es el sentido en que el derecho canónico entiende la *mala fides*. Este motivo, debe, pues, rechazarse como insostenible en absoluto (*d*).

El segundo motivo aducido para la modificacion de la regla es mucho más especioso. Al lado de la usucapion, y como complemento suyo, se había establecido desde muy antíguo una *longi temporis præscriptio* de diez ó de veinte años. Era esta en realidad una prescripcion de accion, y como tal, se interrumpía sin duda alguna por la *litiscontestatio* (despues por la insinuacion) (*e*). Ahora bien, Justiniano atribuyó respecto á los inmuebles los efectos de la usucapion á la *longi temporis possessio* que otras veces motivaba solo una *præscriptio*; en caso de *bona fides* concedió los mismos efectos á la posesion de treinta ó de cuarenta años, y esto sin distincion entre los muebles y los inmuebles (*f*). Sobre este punto se han suscitado dos opiniones. Los unos han dicho que la posesion de diez, veinte y treinta años, aún despues que Justiniano le hubo atribuido los efectos de la usucapion, había conservado su primitiva naturaleza de prescripcion de accion, y que, por consiguiente, se interrumpía por la insinuacion de la demanda (*g*). Los otros sostienen que toda posesion á que Justiniano atribuye los efectos de la usucapion constituye una usucapion verdadera, si bien con otros plazos que los del antiguo derecho; que, de este modo, se encuentra directamente sometida á las disposiciones del antiguo derecho sobre la usucapion, y como consecuencia la *litiscontestatio* no interrumpe el curso de estas prescripciones, sino que obliga al demandado á restituir la propiedad.

Por mi parte, me asocio á esta segunda opinion, dando por razon principal que Justiniano mismo impone el título

---

(*d*) De este modo aparece expuesto el asunto en Kierullf, p, 267, y en Wächter, H., 3, p. 105.
(*e*) L. 1, 2, 10, C. de præscr. longi temp. (VII, 33); L. 2, C. ubi in rem (III, 19); L. 26, C. de rei vind. (III, 32).
(*f*) L. 8, pr., § 1, C. de præscr. XXX (VII, 39), del año 528.
(*g*) Wächter, H., 3, p. 99-104.

de usucapion á la posesion de tres, diez y veinte años *(h)*, por donde se vé que ha qúerido someterla á las reglas declaradas por sus leyes en materia de usucapion.

En apoyo de la opinion contraria se invoca una constitucion de Justiniano *(i)*, cuyo contenido es el siguiente: El propietario que no puede ejercitar la reivindicacion contra el poseedor de su cosa, por que este poseedor se encuentre ausente, sea un niño, ó esté enagenado mentalmente debe deducir su accion ante el *præses*, ante el obispo ó ante el *defensor*, etc.

«et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive trienni, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit» (se lee antes: interruptionem temporis facere et suficere hoc ad plenissimam interruptionem).

De estas palabras se concluye que la accion interrumpe efectivamente la usucapion. Pero Justiniano en esta ley tenía evidentemente por objeto proporcionar un expediente práctico en un caso muy raro de urgencia, y no determinar la esencial naturaleza de estas relaciones de derecho. La nueva ley responde perfectemente á esta necesidad práctica y bajo esta relacion pudo emplearse la palabra *interruptio*; pues, si el demandante era en realidad propietario, le importaba muy poco que la usucapion se interrumpiese, ó que debiera ser condenado su adversario á restituirle la propiedad. La usucapion de tres años al ménos, no se deriva ciertamente de una antigua prescripcion de accion; de modo que no existía el menor pretesto para negarle el carácter de usucapion propiamente dicha, trasformándola en una prescripcion; sin embargo, esta ley, la menciona de igual manera que los demás casos y la coloca en la misma categoría.

Por lo demás, toda esta controversia ofrece escaso interés para la práctica.

(*h*) Pr. J. de usuc. (II, 16): «et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cantum est ut res quidem mobiles per triennium, inmobiles vero per longi temporis possessionem, i e. inter præsentes decennio, inter ebsentes viginti annis, *usucapiantur.*» La posesion treintenal se encuentra omitida aquí, no se sabe si por negligencia ó por su naturaleza excepcional; pero no puede inducirse de este silencio una esencial diferencia. La posesion treintenal contiene una verdadera usucapion y sólo á una circunstancia accidental se debe que no se le de esta denominacion.

(*i*) L. 2, C. de ann. exc. (VII, 40).

Son muy raros los casos en que hay necesidad de una accion para oponerse al perjuicio de una usucapion, y cuando dichos casos se presentan, es indiferente para el antiguo propietario ser protegido por la interrupcion de la usucapion, ó, segun mi parecer, por el recurso que le daba el antiguo derecho romano.

Las reglas que acabo de exponerr especto á la usucapion, se aplican igualmente cuando se reclama una servidumbre por una accion confesoria, y el plazo legal fijado para el no uso, espira durante el litigio posteriormente á la *litiscontestatio*. En este caso queda realmente extinguida la servidumbre por el no uso; pero el demandado debe ser condenado á restablecerla por un nuevo acto jurídico, una *in jure cessio*, segun el derecho antiguo, un contrato, segun el nuevo derecho (*k*).

III. Acciones personales cuya base deja de existir despues de la *litiscontestatio*.

Respecto á las acciones personales, se presenta desde luego el caso en que en la obligacion se extingue, durante el litigio, por una prestacion voluntaria del demandado. Podría parecer que no ha debido nunca ponerse en duda que se terminase entónces todo debate. Así acontecía, efectivamente, en cuanto á las acciones arbitrarias, donde todo el procedimiento tendía á obtener una ejecucion voluntaria, como condicion de la absolucion. Respecto á las demás acciones, era controvertida la cuestion, pero únicamente, sin duda, en cuanto á las acciones rigurosas. Los Proculeyanos creían que el demandado debía ser condenado; los Sabinianos defendían que debía ser absuelto, principio que formulaban por la regla: *omnia judicia esse absolutoria* (*l*). Esta última opinion fué, como era consiguiente, adoptada por Justiniano (*m*).

(*k*) L. 5, § 5, si usufruc. (VII, 6); L. 10, de usufr. acresc. (VII, 2); L. 8, § 4, si serv. (VIII, 5); V. Keller, p. 175.

(*l*) Gayo, IV, § 114. De igual modo, segun la opinion más rigurosa, el demandado no estaba obligado probablemente á una doble prestacion; pero acaso estaba protegido á este efecto por una *condictio sine causa*. Trátase con detenimiento esta cuestion en Keller, p. 180-184.

(*m*) § 2, J. de perpet. (IV, 12). Un vestigio de la rigurosa opinion combatida, se ha conservado, sin duda, por inadvertencia, en la L. 84 de V. O. (XLV. 1); V. t. IV, p. 100, y Wächter, H., 3, p. 26.

Independientemente de la ejecucion voluntaria, existen todavía otros casos de menor importancia, donde la condicion primitiva de una accion personal viene á cesar durante el proceso.

El que había sido robado por un esclavo tenía una accion noxal contra el propietario de este esclavo; y esta propiedad se exigía en la época de la *litiscontestatio*. Si el demandado enajenaba despues el esclavo no había condena, aunque la venta se hubiera hecho al demandante *(n)*.

Como condicion fundamental de la accion *ad exhibendum*, es preciso que el demandante tenga un interés jurídico en la exhibicion. Luego, cuando este interés existe en el momento de la *litiscontestatio*, y viene á cesar más tarde, segun nuestro principio, debería ser condenado el demandado. Pero la regla experimenta aquí una excepcion, pues es necesario que el interés del demandante subsista todavía en la época de la sentencia (*o*).

Con arreglo á la ley Julia, la accion contra un manumitido relativa á una *operarum obligatio* no era admisible si el liberto tenía dos hijos. Cuando el segundo de éstos nace despues de la *litiscontestatio* y durante el proceso, debería ser pronunciada la condena, con arreglo al rigor de nuestro principio. Sin embargo, se decide en este caso lo contrario, evidentemente por consecuencia del favor que ha originado el privilegio mismo (*p*).

§ CCLXII. *Efectos de la litiscontestatio.*—I. *La condena asegurada.* (Continuacion).

IV. Trasmision de las acciones á los herederos.

Entre las acciones personales hay varias que no pueden ser intentadas contra los herederos del deudor primitivo, y entre este número son las más importantes las acciones penales. La regla fundamental es que se prosiguen estas acciones contra los herederos cuando la muerte del demandado es posterior á la *litiscontestatio* (*a*), regla que es la con-

---

(*n*) L. 37, L. 38, pr. de nox. act. (IX, 4).
(*o*) L. 7, § 7, ad exhib. (X, 4).
(*p*) L. 37, pr. § 6, de op. libert. (XXXVII, 1).
(*a*) L. 58, de O. et A. (XLIV, 7); L. 29, de nov. (XLVI, 2); L. 87,

secuencia directa de la obligacion contractual en la *litiscontestatio* contenida. Esta obligacion absorbe el carácter especial de la relacion de derecho primitiva que hacía intrasmisible la accion.

V. Apertura del derecho despues de la *litiscontestatio*.

Acabamos de examinar los casos en que, existiendo el derecho del demandado en la época de la *litiscontestatio*, cesa de existir durante el litigio; y hemos reconocido que, en virtud de nuestro principio, esta modificacion no debe perjudicar al demandante. Vamos ahora á ocuparnos del caso inverso, esto es, aquel en que el derecho del demandante, que no existía en el momento de la *litiscontestatio*, nace durante el litigio; por ejemplo, cuando el que no era propietario reivindica un inmueble y durante el proceso viene á ser heredero del propietario, ó bien, cuando habiendo sido reclamado el pago de una deuda por un indivíduo distinto del acreedor, adquiere el crédito este indivíduo durante el litigio, como heredero del verdadero acreedor (*b*).

En estos casos es evidente que no encuentra aplicacion nuestro principio. Si se quisiera, en efecto, fundar una condena en el derecho nuevamente adquirido, el demandante no estaría protegido contra el perjuicio originado por la duracion del proceso (que es el único fin de nuestro principio), sino que encontraría una ventaja en dicha duracion, puesto que su demanda hubiera sido rechazada ciertamente en la época de la *litiscontestatio*.

Esta cuestion, además, presenta un interés práctico mucho menor. En los casos ántes enumerados se trataba de proteger al demandante contra la pérdida del derecho mismo que era evidente, si la prescripcion de la accion, por ejemplo, ó la usucapion no se interrumpía. Aquí la pérdida del derecho no puede acontecer en ningun caso. Si el demandante puede excepcionar su nuevo derecho en la ins-

---

139, pr. de R. J. V., t. V, § 211, *g;* § 230, y Keller, § 20. La L. 33 de O. et A. (XLIV, 7), que presenta en este punto la principal dificultad, ha sido explicada en el § 257. Las acciones que no pasan á los herederos del demandante son mucho más raras, se encuentran sometidas á reglas diferentes por completo, y la *litiscontestatio* no las hace trasmisibles á los herederos.

(*b*) Ha sido tratada esta cuestion en Voetius, VI, 1, § 4 (breve y profundamente); en Glück, t. VIII, p. 147, 151 que cita un gran número de autores, y en Wächter, H., 3, p. 120, 121.

tancia ya formalizada, consigue su objeto inmediatamente; si no puede hacerlo, es rechazada su demanda; pero tiene la facultad de hacer valer su derecho por otra accion, de modo que solo pierde el tiempo y los gastos del proceso. Esta facultad se hallaba perfectamente conforme con el rigor del antiguo derecho romano, pues el derecho nuevamente adquirido constituía una *nova causa*, que no podía haber sido llevada *in judicium*, ni consumada por la primera accion (*c*). El interés de esta cuestion versa, pues, no sobre el fondo del derecho, sino sobre el procedimiento, lo cual, por lo demás, no es razon para que deba ser estudiada con ménos cuidado.

A) En derecho romano, el derecho nuevamente adquirido no puede servir de base para la condena. Los textos siguientes son decisivos sobre este punto.

L. 23, de jud. (V, 1) de Paulo: «Non potest videri venisse in judicium id quod post judicium aceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est.» Es decir, los cambios sobrevenidos despues de la *litiscontestatio* no pueden influir en la decision del *judex*: para excepcionarlos es preciso una accion nueva (*d*). La regla está aquí expuesta en términos absolutos, sin distincion entre las acciones *in rem* ó *in personam*, *stricti juris* ó *bonæ fidei*.

L. 35, de jud. (V, 1) de Javoleno: «Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, et vel in futurum concipit, ita judicium in pendenti potest esse, vel de his rebus quæ postea in obligationem adventuræ sunt nam neminem puto dubitaturum, quia fidejussor ante obligationem rei accipi possit Judicium vero antequam aliquid debeatur non posse.» Este texto no habla más que de las acciones personales, pero lo hace en términos generales, sin distincion entre las rigurosas y las libres.

Vemos la confirmacion de esta regla en su aplicacion á la *actio ad exhibendum*. La condicion de esta accion es un interés jurídico del demandante á la exhibicion. Si este in-

---

(*c*) L. 11, § 4, 5, de exc. rei jud. (XLIV, 2). Haré uso de este texto completo cuando trate de la sentencia.

(*d*) *Interpellare* por *judicio interpellare*, accionar se encuentra frecuentemente, por ejemplo en la L. 1 de distr. (XX, 5); L. 13, § 3, de injur. (XLVII, 10).

terés falta en la época de la *litiscontestatio* y nace despues durante el litigio, es rechazada la accion, pues el interés debe existir, tanto en la época de la *litiscontestatio*, como en la época de la sentencia (*e*).

Otra confirmacion de esta regla encontramos en un importante principio, cuya exposicion completa pertenece á la teoría del juicio: cuando el demandante no adquiere la propiedad de la cosa litigiosa hasta despues de la *litiscontestatio*, la sentencia que rechaza su demanda no puede serle opuesta como excepcion contra una reivindicacion nueva (*f*). Esta decision es general y no expresa si la adquisicion es anterior ó posterior al primer juicio. Ciertamente se limíta á negar la eficacia de la *exceptio rei judicatæ* para el segundo litigio, sin discutir formalmente la cuestion de saber si el juez debía haber tenido en cuenta la adquisicion de la propiedad verificada en el trascurso de la primera instancia. Pero los motivos aducidos por el jurisconsulto en apoyo de su decision, nos prueban que considera imposible una sentencia semejante (*g*).

Varios autores han creido encontrar una contradiccion á esta regla en el siguiente texto de Paulo (*h*):

«Si mandavero tibi ut á Titio decem exigeres, et ante exacta ea, mandati tecum egero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat.»

Esta contradiccion no existe realmente. Una vez aceptado el mandato de recibir el dinero, se encuentra perfectamente fundada la *actio mandati*, y el hecho de recobrarlo durante la instancia puede, á lo más, modificar el contenido y la extension de la sentencia. Paulo no quiere decir que no deba ser pronunciada la condena, sino como consecuencia del cobro (*i*); decide que despues de haberse recobrado

---

(*e*) L. 7, § 7, ad exhib. (X, 4): V. § 261, *o*.
(*f*) L. 11, § 4, 5, de exc. rei jud. (XLIV, 2).
(*g*) L. cit. «...alia enim causa fuit prioris dominii, hæc nova nunc accessit. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit.»
(*h*) L. 17, mandati (XVII, 1).
(*i*) En este sentido interpretan los adversarios este texto, sobreentendiendo, por argumento á contrario: si non exegeris, absolvendum te esse. La aplicacion de este argumento es siempre muy delicada y debe ser rechazada aquí con tanta más razon, cuanto que la naturaleza general de la accion de mandato no justifica la absolucion en ningun caso.

el dinero debe ser condenado el mandatario á restituir la suma recibida, mientras que ántes sólo debería ser condenado á la ejecucion del mandato (segun el derecho romano, á reintegrar al demandante). Para completar el pensamiento de Paulo es preciso sobreentender: *decem* condemnandum te esse constat.

Con el objeto de resolver esta pretendida contradiccion entre el texto de Paulo y los anteriormente citados, han establecido algunos autores (*k*) una distincion entre las *stricti juris* y las *bonæ fidei actiones*, aplicando á las primeras la regla rigurosa, y á las segundas, en cuya clase figura la de mandato, la regla ménos extricta. La interpretacion por mí expuesta, hace innecesario este medio de conciliacion contra el cual se levanta además una objecion grave. Los textos más arriba citados, donde aparece la regla rigurosa, no se aplican únicamente á las *stricti juris actiones*; hablan tambien de la *actio ad exhibendum* (nota, *e*), que es precisamente una accion arbitraria, es decir, una de las más libres.

No se refiere en realidad nuestra regla á las formas rigurosas y literales del antiguo procedimiento. Descansa sobre la consideracion muy natural de que en semejantes circunstancias la introduccion de una accion nueva es el recurso más conveniente, pues de otro modo se correría el riesgo de perjudicar el derecho de adversario, que no ha podido preparar la defensa contra el pretendido descubrimiento del demandante.

Otros textos, que se han creido en contradiccion con nuestra regla, no se refieren á su exclusivo objeto, esto es, al caso en que nazca el derecho del demandante despues de la *litiscontestatio*, sino, más bien, á las modificaciones de hecho sobrevenidas durante la instancia. Sobre este asunto trataré más adelante.

Equivocadamente se ha querido mezclar con la discusion que nos ocupa otra del todo diferente. Cuando el demandante se engaña por inadvertencia en la designacion del objeto de su demanda, ó determina una cantidad demasiado pequeña, esto no debe causarle perjuicio alguno; en

---

(*k*) Keller, p. 185, 187; Wächter, H., 3, p. 121.

el antiguo derecho era libre de corregir su error por una accion nueva (*l*), segun el derecho justiniáneo, puede hacerlo valer en el mismo litigio (*m*). Esta rectificacion de un error cometido en la demanda nada tiene de comun con el nuevo derecho del demandante, nacido durante el litigio.

B.) El derecho canónico ha introducido en nuestra regla una modificacion esencial. El Papa Inocencio IV establece, en efecto, la distincion siguiente (*n*): cuando la demanda expresa claramente, no sólo el derecho mismo, sino tambien su orígen, no debe ser pronunciada la condena en el caso de una adquisicion posterior, y se hace preciso una accion nueva, de igual modo que en el derecho romano; por el contrario, si la demanda expresa únicamente el derecho mismo, por ejemplo, la propiedad, pero no su orígen, la adquisicion de este derecho, verificada durante el litigio, puede, sin necesidad de accion nueva, servir de base para la sentencia.

Para combatir las falsas interpretaciones que se han hecho recientemente (*o*) de este texto, por demás difuso, observaré que esta decretal se compone como todas las otras, de dos partes enteramente distintas. Contiene primeramente un extracto del procedimiento, es decir, las alegaciones y los medios de defensa de ámbas partes. Viene despues la sentencia pronunciada por el juez y confirmada al fin por el Papa, que le da fuerza de ley (*p*). Hé aquí el pasaje decisivo de la sentencia, esto es, de la parte legislativa del texto:

«Ex iis enim quæ post inchoatum judicium eveniunt, cuando causa fuit exposita specialis, nec debet nec potest

---

(*l*) Gayo, IV, § 55, 56. De igual modo, segun el antiguo derecho se podía en muchos casos rectificar el error habido en el primer proceso. Precisamente estos casos son aquellos en que se hubiera excluido una accion nueva por la consumacion del derecho.

(*m*) § 34, 35, J. de act. (IV. 6). Hoy, segun las reglas de procedimiento del derecho comun de Alemania, no sería permitida semejante modificacion.

(*n*) C. 3, de sentent. in VI (II, 14).

(*o*) Wächter, H., 3. p. 122, 123.

(*p*) «Nos igitur, cardinalis ejus lem sententiam ratam habentes, eam auctoritate apostolica confirmamus.» La decision judicial á que se da aquí fuerza de ley comienza por las siguientes palabras: «Præfatus igitur cardinalis, præmissis omnibus.»

judicis animus ad proferendam sententiam informari, quia, quum certæ causæ pacta est mentio, utpote donationis vel venditionis aut alterius specialis, oportet incepti judicii tempus attendi, ut liquido cognoscatur an tunc interfuerit actoris, propter illa quæ specialem comitantur causam et necessario adesse debent, veluti locus et tempus et hujusmodi quæ sunt sollicite attendenda, et sine quibus causa vacua et invalida censeretur. Sed quum est in genere absque alicujus causæ declaratione petitum, non sic oportet accepti judicii tempus inspici, quia non requiruntur, nec sunt opportuna, nec attendi possunt hujusmodi comitantia in hoc casu.»

Este pasaje establece claramente una distincion entre dos redacciones posibles de la demanda, una con la indicacion del orígen del derecho reclamado, otra sin ella. Esta distincion es la que ántes dije formaba el contenido de la ley (*q*) y que es parte integrante del derecho comun actual.

No tengo necesidad de añadir que, áun en el caso especificado por el Papa, no puede el demandante excepcionar el derecho adquirido durante el litigio, si dicha excepcion contradice las leyes generales del procedimiento, como sucede, principalmente, cuando la adquisicion del derecho es posterior á los plazos fijados para suministrar la prueba (*r*).

§ CCCLXIII.—*Efectos de la litisconstestatio.* I. *La condena asegurada. (Continuacion.)*

VI. R laciones de hecho.

Cuando se trata de enumerar las diversas condiciones

(*q*) Wächter, H., 3, p. 122, 123, pretende que se puede invocar el nuevo título de adquisicion aunque se trate de un título especial, «*si el mismo título* en que se funda la accion real se encuentra confirmado por un acontecimiento posterior.» Esto significa sin duda: si el título verdadero posterior tiene el mismo nombre que el falso título anterior, pues estos títulos no pueden ser nunca idénticos, como lo reconoce la decretal. Wächter se apoya en un pasaje de la decretal que no pertenece á la decision judicial y legislativa y, por consiguiente, nada prueba. Glück incurre en el mismo error al dar como ley, p. 149, 150, este mismo pasaje sobre los actos del procedimiento. Por lo demás, examinado de cerca semejante pasaje, no tiene el sentido que le atribuye Wächter y concuerda perfectamente con la decision judicial que más abajo se encuentra.

(*r*) Stryk, lib. 6, tit. 1, § 11: Wächter, p. 124.

de una condena ó de su extension, independientemente del derecho del demandante, que es el que nos ha ocupado hasta aquí exclusivamente, se encuentran ciertas relaciones de hechos que, comparadas con este derecho, base fundamental de la accion, pueden ser consideradas como circunstancias accesorias. En materia de reivindicacion, por ejemplo, la propiedad del demandante es la condicion principal de la accion, pero es preciso tambien la posesion del demandado para que sea pronunciada la condena. En este punto tenemos que examinar la cuestion sobre la época en que deben existir estas relaciones de hecho. Aunque tengamos que reconocer que la *litiscontestatio* no es la época exigida, es evidente que la indagacion propuesta debe encontrar aquí su lugar, pues de otro modo, al lado de los efectos de la *litiscontestatio* quedaría un campo limítrofe é indeterminado, donde podrían suscitarse dudas y errores sobre la *litiscontestatio*; y de ello tenemos más de un ejemplo (*a*).

En esta investigacion, de igual manera que tratándose del derecho del demandante, debemos distinguir dos casos:

Primero: semejante relacion de hecho, puede existir en la época de la *litiscontestatio* y cesar más tarde. Segundo: puede faltar en la época de la *litiscontestatio* y aparecer despues.

Me reservo examinar el primer caso más adelante y bajo otro punto de vista. En materia de reivindicacion, el hecho de que la posesion del demandado, existente en la época de la *litiscontestatio*, cese durante el litigio, pertenece á las circunstancias que hay que apreciar para saber si este demandado está obligado ó no á una restitucion. Así, pues, este asunto encontrará su lugar oportuno cuando trate de los efectos de la *litiscontestatio* sobre la extension de la sentencia (§ 272 y sig.)

Réstame, pues, examinar únicamente el segundo caso, ó sea aquel en que la relacion de hecho exigida falta en el momento de la *litiscontestatio* y se presenta despues de ella.

Aquí no se tiene en cuenta la situacion existente en el momento de la *litiscontestatio*, bastando que la relacion de hecho exista en la época de la sentencia. Es, pues, la regla

---

(*a*) Se trata esta cuestion por Keller, p. 193, 194, y por Wächter, H., 3, p. 126.

inversa de la que se ha expuesto anteriormente respecto al derecho del demandante (§ 262).

Ante todo voy á pasar revista á las diversas acciones donde la regla tiene aplicacion, y esto me permitirá entrar despues en consideraciones más generales.

A) Para la reivindicacion de la propiedad es indiferente que el demandado posea la cosa en el momento de la *litiscontestatio*, pero es absolutamente indispensable que dicha posesion exista en la época de la sentencia (*b*).

Como consecuencia de la aplicacion de esta regla, el heredero del demandado, que por sola esta cualidad no está obligado á entregar la cosa reivindicada (*c*), contrae esta obligacion desde el momento en que él mismo posee (*d*).

B) En materia de peticion de herencia, el demandado debe devolver los bienes de la sucesion que posee en la época de la sentencia, y no se trata de saber si en la época de la *litiscontestatio* poseia ménos bienes ó no poseia ningunos (*e*).

C) En la *actio ad exhibendum* se indaga únicamente si el demandado es poseedor de la cosa en la época de la sentencia (*f*); y el heredero del demandado primitivo es condenado si llega á ser poseedor ántes de la sentencia (*g*).

D) El resultado de la *actio peculio* depende del valor del peculio. Este valor se considera en la época de la sentencia y no en el momento de la *litiscontestatio* (*h*). Aunque el demandado enajenase el esclavo durante el litigio, sería

(*b*) L. 30, pr. de pec. (XV, 1); L. 27, § 1, de rei vind. (VI, 1): «...si litis contestatæ tempore non possedit, quo autem judicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur.» Esta decision tan clara y tan conforme con los demás textos, (V. las notas siguientes) no concuerda ciertamente con el principio del §: «Possidere autem aliquis debet utique *et* litis contestatæ tempore, *et* quo res judicatur.» Esta contradiccion se debe quizás á una falta de exactitud en la redaccion del § citado, ó acaso sería la mencion de una antigua controversia, sobre la que el incompleto extracto de los compiladores no nos ofrece dato alguno. Keller, p. 191, 192.

(*c*) L. 42, de rei vind. (VI, 1).

(*d*) L. 8, in f., ad exhib. (X, 4).

(*e*) L. 18, § 1, de her. pet. (V 3); L. 4, L. 41, pr. eod. Son estas simplemente aplicaciones de la misma regla que se encuentra en la L. 16, pr. y en la L. 36, § 4, eod.

(*f*) L. 7, § 4, ad exhib. (X, 4); L. 30, pr., de pec. (XV, 1).

(*g*) L. 8, ad exhib. (X, 4).

(*h*) L. 30, pr., de pec. (XV, 1). L. 7, § 15, quid. ex causis (XLII, 4); L. 5, § 2, de lib. leg. (XXXIV, 3); L. 35, de fidej. (XLVI, 3).

condenado á restituir el valor del peculio estimado en la época de la sentencia *(i)*.

E) El demandado en una *actio depositi* debe ser condenado si en el momento de la sentencia posee la cosa y puede disponer de ella; por más que la ausencia de estas circunstancias al principio del pleito hubiera debido hacer rechazar la demanda (*c*).

F) El resultado de la *actio pignoratitia* está subordinado á la extincion de la deuda respecto á la cual se ha constituido la prenda *(l)*. Pero si el demandante mismo ofrece pagar la deuda durante el litigio, el demandado debe ser condenado á restituir la prenda (*m*).

Ulpiano da por motivo de esta regla y de sus diversas aplicaciones que, no expresándose en la *intentio* ninguna de estas relaciones de hecho, posesion, valor del peculio, etc., su ausencia no impide la validez de la accion y la legitimidad de la condena (*n*).

En virtud de esta declaracion podría entenderse que esta regla descansa únicamente en la redaccion accidental de las fórmulas y que hubiera bastado cambiar esta redaccion para fijar la regla contraria y hacer depender la condena de la situacion existente en la época de la *litiscontestatio*. Mas por el contrario, es preciso reconocer que el principio cuyo desarrollo acabo de exponer está fundado en la naturaleza misma de las cosas y que la redaccion de las fórmulas, lejos de haber engendredado la regla, no es más que su consecuencia y expresion.

(*i*) L. 43, de pec. (XV, 1). Si el esclavo muere durante el proceso, se estima su valor en la época de la muerte.

(*k*) L. 1, § 21, depos. (XVI, 3). Los términos de este texto se explican comparándolos con Gayo, IV, § 47.

(*l*) L. 9, § 3, de pign. act. (XIII, 7).

(*m*) L. 9, § 5, de pign. act. (XIII, 7).

(*n*) L. 30, pr. de pec. (XV, 1): «quæsitum est au *teneat* actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur: si modo sit rei judicatæ tempore. Proculus et Pegasus nihilominus *teneri* aiunt: *intenditur enim recte*, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit: quæ sententia et a nobis probanda est.» Por esto se lee en la L. 9, de rei vind. (VI, 1): «*Officium autem judicis* in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat an reus possideat:» la *fórmula*, en efecto, no hablaba más que de la posesion del demandado: tratábase, pues, de uno de los objetos que el *judex* podia y debia examinar por separado de la instruccion, es decir, que correspondia al *officium judicis*.

La razon determinante de esta regla puede explicarse de una manera muy sencilla. Cuando el demandante alega que su propiedad, no existente todavía en el momento de la *litiscontestatio*, ha nacido despues de este acto (§ 262), el exámen detenido de esta cuestion exige una accion nueva, pues de otro modo el adversario sería perjudicado en sus medios de defensa. Cuando, por el contrario, existe desde el principio la propiedad del demandante y únicamente la posesion del demandado aparece como posterior al principio del pleito, no por eso es ménos susceptible el debate de una solucion satisfactoria, y una instancia nueva no produciría más que inútiles dilaciones.

§ CCLXIV. *Efectos de la litiscontestatio.—II. Extension de la condena.—Introduccion.*

A dos puntos principales se han referido precedentemente los efectos de la *litiscontestatio*, á saber: seguridad de la condena y seguridad de la extension de la misma (§ 260, núm. IV).

El primero de estos puntos acaba de ser examinado; el segundo, de que voy á ocuparme, implica necesariamente que la cosa litigiosa ha sufrido modificaciones durante el proceso.

Estas modificaciones de que es susceptible la cosa litigiosa, nos aparecen con dos caracteres opuestos.

a) Como aumentos, bajo los cuales se comprenden, principalmente, los frutos y los intereses.

b) Como disminuciones, donde se comprenden la pérdida de la cosa, su deterioro, la pérdida de la posesion y otros casos semejantes.

Antes de abordar las importantes cuestiones que se refieren á este asunto, es necesario dar por base á esta discusion el exámen detenido de dos ideas de derecho cuya influencia tiene tanta afinidad con la influencia de la *litiscontestatio*, que se las ha identificado á menudo. Me refiero á la *mora* y á la *mala fides* ó posesion de mala fé.

La *mora* se refiere á las obligaciones y á las acciones personales; la posesion de mala fé á los derechos reales y á las acciones *in rem*. Ambas implican la conciencia de una injusticia; tienen, pues, en su naturaleza y tambien en sus

consecuencias, analogías con los delitos. Solo hay que hacer una distincion: la *mora* consiste en una simple omision y no resulta siempre de un *dolus*, sino á menudo de una carencia de dinero, miéntras que consistiendo la mala fé en un acto pasivo, es inseparable del *dolus*.

Ahora bien, la *litiscontestatio* es una relacion contractual (§ 258) que ninguna afinidad tiene con los delitos. El hecho de sostener un litigio no es cesurable en sí mismo, aunque el demandado termine por sucumbir.

Es una opinion muy extendida entre los autores que la *litiscontestatio*, segun que la accion es personal ó *in rem*, entraña siempre la *mora* ó la *mala fides* (*a*). Esta doctrina debe ser absolutamente abandonada; primero, á causa de la naturaleza jurídica de estas tres ideas de derecho (pues ninguna afinidad existe entre los delitos y los contratos), segundo, porque la *mora*, como la *mala fides*, tiene condiciones enteramente especiales y en cada caso su existencia es una cuestion puramente de hechos, cuya solucion no tiene ninguna relacion necesaria con la existencia de la *litiscontestatio*.(*b*). Mas por otra parte, es preciso reconocer que la *litiscontestatio* produce á menudo efectos semejantes á los de la *mora* ó de la *mala fides*, aunque los motivos sean diferentes (*c*).

Examinemos ahora la cuestion con relacion á la *mora* y á la *mala fides*.

A). *Mora*.

La *mora* existe cuando el deudor requerido para cumplir su obligacion rehusa hacerlo sin motivo válido. Así, la *mora* no tiene lugar cuando, aun estando reconocida la deuda, no se encuentra determinado su importe, ó cuando la deuda misma es incierta. Por esta causa, cuando un deudor

---

(*a*) Bayer, Civilprozesz, p. 233. 234. Linde, § 200, not. 4, 5. El hecho de que la existencia de la *mora* ó de la *mala fides* se refiere á la época de la insinuacion se relaciona con otra cuestion que discutiré en su lugar oportuno. Esta diferencia ulterior carece de importancia para el objeto que actualmente nos ocupa.

(*b*) La afirmacion de que la *mora* y la *mala fides* es siempre una *facti cuestio* se encuentra en Bynkershoek, Obss. VIII. 12; Leyser, 83, 5, et 99, 6: Kierulff, p. 277, 281, Wachter, H., 2, p. 106, 108.

(*c*) Esto ha escapado á Leyser (nota *b*); dice, equivocadamente, que no se deben los frutos siempre desde el momento de la *litiscontestatio*, puesto que la *mala fides* no siempre va unida á aquel acto.

se deja ejecutar la cuestion de la *mora* depende de las circunstancias. Hay *mora* si el deudor no presenta motivo alguno para rehusar el pago ó si presenta sólo motivos fútiles con el objeto de ganar tiempo. No hay *mora* si funda su negativa en motivos justos (*d*). En su consecuencia, el que pretende no conocer su propia obligacion se constituye en *mora*, pero no el heredero que manifiesta dudas sobre los actos de su causante ó el demandado que invoca una excepcion (*e*). Esta distincion viene á confiar la afinidad señalada más arriba entre la *mora* y la *mala fides*. En cuanto á las acciones personales puede decirse, en general, que implica *mora* el hecho de oponer una defensa frívola y con conciencia de su injusticia.

Parece, por consiguiente, que la *mora* no tiene precisamente por punto de partida la *litiscontestatio*; ordinariamente le es anterior, algunas veces es posterior, pero su límite extremo es la época de la sentencia. Aun en los casos, bastante raros, en que no ha precedido al litigio un requerimiento extrajudicial, la insinuacion de la demanda puede hacer comenzar la *mora* y bajo esta relacion apenas habrá necesidad de ocuparse de la *litiscontestatio*.

Papiniano se expresa absolutamente en este sentido tratando de los fideicomisos (*f*). Lo más frecuente, es, dice, apareciendo claro y sin equívoco el fideicomiso, que la *mora* sea anterior al litigio y parta del requerimiento extrajudicial. Pero cuando existen dudas sobre el importe ó sobre la validez del fideicomiso, por ejemplo, cuando se trata de la deduccion de la cuarta falcidia, comienza entónces la *mora* lo más tarde en la época de la sentencia. En el exámen de estas diversas hipótesis no habla Papiniano de la *litiscontestatio*; de modo que no la considera como una cir-

---

(*d*) L. 63, de R. J. (L. 17): Qui *sine dolo malo* ad judicium provocat, non videtur moram facere.» L. 24, pr., de usur. (XXII, 1): «...utique *si juste* ad judicium provocavit.» Lo cual no quiere decir: si acaba por ganar el pleito; pero estas palabras son el equivalente del *dolo malo* que precede y expresan el contraste de una contestacion frívola. Tambien se lee en la L. 82, § 1, de V. O. (XLV, 1): «et hic moram videtur fecisse, qui litigare *maluit* quam restituere,» es decir, el que ha sostenido el pleito por capricho y sin motivos especiales. (V. nota *g*, y § 273, *k*): L. 47, de usur. (XXII, 1).

(*e*(L. 42, de R. J. (L. 17); L. 21, de usur. (XXII, 1).

(*f*) L. 3, pr., de usur. (XXII, 1).

cunstancia esencial para la determinacion de la *mora*; tampoco menciona la deduccion de la demanda, sin duda porque supone un requerimiento extrajudicial, segun el uso seguido en semejante caso.

Así, aunque la mayor parte de los autores concuerdan en decir que el comienzo de la *mora* se refiere necesariamente á la *litiscontestatio*, esta doctrina no encuentra fundamento ni en la naturaleza de las relaciones de derecho de que aquí se trata, ni en las fuentes del derecho romano (*g*). Bajo esta última relacion no sucede lo mismo con la *mala fides*.

B) *Mala fides*.

Existen dos textos de Ulpiano donde la *mala fides* parece considerarse en términos tan precisos como consecuencia directa y necesaria del simple litigio, que han suministrado una justificacion especiosa á los autores modernos que siguen esta opinion (*h*).

(*g*) Los que hacen resaltar la *mora* de la *litiscontestatio* se apoyan ordinariamente en la L. 82, § 1, de V. O. (XLV, 1, V. nota *d*) que evidentemente puede entenderse en el sentido de que todo demandado se constituye en *mora* por la simple resolucion de sostener el proceso. Pero entónces es preciso olvidar los textos próximos (nota *d*) y los principios generales del derecho que son inconciliables con esta interpretacion. El único elemento de verdad, contenido en la opinion que combato, es el siguiente. La cuestion de la *mora* se abandona generalmente á la apreciacion libre del *judex* (cum sit magis facti quam juris, L. 32, pr., de usur.) El juez puede, por tanto, reconocer que la *mora* precede al litigio, ó que comienza en el momento de la insinuacion, *ó bien todavía* en la época de la litiscontestatio, si descubre en esta última época la voluntad caprichosa y desleal de sostener el proceso. De este modo, se explican de una manera satisfactoria varias antinomías aparentes, como, por ejemplo, cuando vemos subordinar *unas veces* á la *mora*, y *otras veces* á la *litiscontestatio* los intereses judiciales debidos á un legatario (§ 271), de igual manera que sucede, con motivo de la responsabilidad del deudor, en el caso en que la cosa perece por accidente fortuito (§ 273).

(*h*) Más adelante se mencionarán (nota *o*) otros textos ménos decisivos, tales como la L. 45, de rei vind. (VI, 1), y la L. 31, § 3, de her. pet. (V, 3). Hé aquí un texto que por la generalidad de sus términos parece referirse á los que preceden: es la L. 2, C. de fruct. (VII, 51, es decir, L. 1, C. Th. eod): «ex eo tempore ex quo, re in judicium deducta, scientiam malæ fidei possessionis accepit.» Pero estas palabras, tales como aparecen en la mayor parte de las ediciones son susceptibles de una doble interpretacion: pueden significar: desde la litiscontestatio, *porque* por ella se constituye in malam fidem; ó bien, si *entonces* estaba constituido in malam fidem. Bajo otro aspecto aparece el asunto si, con arreglo á varios manuscritos y al código teodosiano, se lee: *malæ posses-*

1) «Post litem contestatam *omnes incipiunt malæ fidei possessores esse*: quinimo post controversiam motam (*i*).»

2) «Ex quo quis scit a se petit.... *incipit esse malæ fidei possessor*... si scit... puto debere: *cœpit enim malæ fidei possessor esse* (*k*).»

Estos dos textos han adquirido una gran importancia, á causa de su influencia decisiva sobre las teorías que los autores modernos han establecido, sin inquietarse de ponerlas en armonía con los principios generales y con numerosos textos del derecho romano que tienen un sentido enteramente opuesto. Dos teorías especiales encuentran en estos textos una apariencia de fundamento; cada una de ellas considera la cuestion respectivamente bajo uno de estos dos aspectos: 1.° la *mala fides* como consecuencia general del simple littgio; 2.° esta consecuencia, de igual manera que otras que se han referido á la *litiscontestatio*, tiene lugar en el momento en que el demandado tuvo conocimiento de la demanda. Estas dos opiniones exigen ser discutidas con detenimiento. La primera ofrece ménos interés para la práctica, pues varios de los efectos de la *mala fides* se confunden con los de la *litiscontestatio*, y además, la mayor parte de dichos efectos se regulan por prescripciones especiales nada equívocas. La segunda, por el contrario, ha dado por resultado que casi todos los autores modernos han admitido que ni aun el derecho romano mismo atribuye á la *litiscontestatio* varios de los principales efectos del litigio. En el seno de esta opinion encontramos, sin embargo, numerosas divergencias.

a) *Mala fides* como consecuencia general del simple litigio.

Algunas consideraciones generales deben bastar para rechazar en absoluto semejante proposicion. La maldad consciente, como ántes he observado, es un hecho que depende de las circunstancias particulares de cada caso, y no puede ser considerada como una consecuencia necesaria del simple litigio. Con frecuencia existe ántes del proceso, y

---

sione (sin *fidei*; V. las notas de la ed. de Hermann.) Pero aquí se trata no de una posesion de mala fé, sino de una posesion incierta y dudosa. Volveré á tratar más adelante (nota *p*) de esta nocion.

(*i*) L. 25, § 7, de her. pet. (V, 3).

(*k*) L. 20, § 11, de her. pet. (V, 3).

con frecuencia tambien falta durante la sustanciacion del mismo; para convencerse de ello, basta considerar que el demandado puede ser considerado injustamente, en cuyo caso no puede ser sospechosa su buena fé. Entre la *mala fides* y la *litiscontestatio*, no existe, pues, ningun lazo natural de de dependencia *(l)*; para establecerlo sería preciso recurrir á la ficcion del *dolus*, la más peligrosa y arbitraria de todas y de la cual no encontramos ningun vestigio.

En este mismo sentido decide Paulo nuestra cuestion, con motivo de una aplicacion especial *(m)*. Cuando posteriormente á la *litiscontestatio*, perece por caso fortuito una cosa que formaba el objeto de una *hereditatis petitio* ó de una reivindicacion, trátase de saber si está el demandado obligado en todos los casos á una indemnizacion. Segun los términos del senado-consulto, más arriba citado, podía admitirse la afirmativa para la *hereditatis petitio*, y ésta fué efectivamente la opinion adoptada por varios jurisconsultos áun en materia de reivindicacion. Pero Paulo dice que es preciso siempre establecer una distincion entre el poseedor de buena fé y el de mala fé. El primero debe responder del caso fortuito, pero no el segundo; y Paulo aduce esta evidente razon:

«Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, *aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.*»

Reconócese aquí formalmente que la *litiscontestatio* no convierte en poseedor de mala fé al poseedor que lo es de buena, y que no podría aconsejársele abandonar sin defensa el derecho que cree pertenecerle *(n)*.

(l) La explicacion que da Bynkershoek, Obss. VIII. 12, es enteramente inadmisible. Pretende que los Romanos, al intentar una accion, presentaban los títulos que justificaban sus derechos, y de este modo el demandado debía estar convencido de su injusticia desde el principio del pleito. Pero hay muchos pleitos que no se fundan en títulos; además, el valor de estos puede ser dudoso y áun falsamente apreciados por el juez. Rynkershoek, deduce de aquí que este principio no tiene aplicacion entre nosotros y que hoy no deben admitirse intereses judiciales. Sobre un error semejante de Leyser, véase más arriba nota *c*.

(m) L. 40, pr., de her. pet. (V, 3).

(n) Existe, sin duda, una gran diferencia entre los términos de este texto y los de Ulpiano más arriba citados, pero no hay contradiccion entre unos y otros. Ulpiano no habla de la cuestion especial relativa á la

Trato ahora de poner en armonía con los principios generales los citados textos de Ulpiano y de conciliarlos con otros textos.

Presentaré, desde luego, algunas consideraciones cuya verdad é importancia debe reconocerse, pero que, sin embargo, no nos dan una solucion completa de la dificultad.

Primero. He dicho ya que varios de los efectos de la *litiscontestatio*, eran comunes á la *mala fides*; comunidad de efectos que ha podido motivar alguna vez las expresiones impropias que parecen establecer una dependencia real entre la *litiscontestatio* y la *mala fides*. Esta explicacion, bastante para algunos textos de que no he hablado todavía *(o)*, es insuficiente para las decisiones absolutas de Ulpiano.

Segundo. Puede admitirse una *mala fides* relativa, como consecuencia de la *litiscontestatio*. Aunque el demandado esté convencido de la justicia de su causa, debe admitir, sin embargo, la posibilidad de perder el pleito. Así, pues, cuando por haber enajenado ó consumido la cosa litigiosa, se sustituye á sabiendas en la imposibilidad de satisfacer una condena eventual, *estos actos* (si no la conservacion de la posesion) son reprensibles, pues la demanda hubiera debido ser una advertencia para abstenerse de ellos *(p)*; *semejantes actos*, cuando se los permite, constituyen, por tanto, *mala fides (q)*. Bajo esta relacion, precisamente, asigna Ulpiano desde la *litiscontestatio* al demandado primitivamen-

---

pérdida accidental, que es la única de que Paulo se ocupa. La controversia mencionada por éste se refiere únicamente á la reivindicacion, y por consiguiente, no se relaciona con las expresiones de Ulpiano sobre la *mala fides* comenzada desde la *litiscontestatio* en materia de *hereditatis petitio*. Por lo demás, es cierto que en ninguna de las dos acciones pretende Paulo hacer soportar la pérdida accidental al poseedor de buena fé.

(o) L. 31, § 3, de her. pet. (V, 3). El poseedor de buena fé no responde de la negligencia en la conservacion de la cosa, hasta la época de la *litiscontestatio*: «postea vero et ipse prædo est,» es decir, en cuanto á la responsabilidad, de modo que *prædo* equivale aquí á *prædonis loco est*. L. 45, de rei vind. (VI, 1). Pero más principalmente la L. 25, § 7, de her. pet. (V, 3), en estas palabras: «post notam controversiam omnes possessores pares fiunt, et *quasi prædones tenentur*.»

(p) L. 10, C. de adqu. poss. (VII, 32): «ex interposita contestatione, et causa in judicium deducta, super jure possessionis *vacillet ac dubitet*; V. nota *h*, sobre la L. 2, C. de fruct.

(q) Encuéntrase esta observacion en Glück, t. VII, p. 547, 557 y en Kierulff, p. 277.

te de buena fé, la misma responsabilidad que al *prœdo (r)*. Esta justa observacion no basta, sin embargo, para explicar la afirmacion absoluta de Ulpiano de que á partir de la *litiscontestatio* todo demandado es poseedor de mala fé (*s*).

La solucion de la dificultad se encuentra en la especial naturaleza de las relaciones de derecho de que aquí vamos á ocuparnos con motivo de la peticion de herencia y de que tratan igualmente el senado-consulto de Adriano y los textos citados de Ulpiano.

El senado-consulto de Adriano (el Sc. Juventianum) no tiene directamente por objeto más que una *hereditatis petitio* del fisco, relativa á una caduca *hereditas*, y distingue dos clase de demandados; los poseedores de buena fé y los que *bona invasissent cum scirent ad se non pertinere*, llamados ordinariamente *prœdones* por los antiguos jurisconsultos. Sería un error tomar la palabra *prœdones* en el sentido vulgar de ladrones; asunto que tiene la siguiente explicacion.

Segun el derecho primitivo de los romanos era permitido á cualquiera apoderarse de los bienes de las sucesiones cuyos herederos no habían sido puestos en posesion y adquirir la propiedad por una usucapion de un año. Esta institucion singular tenía por objeto acelerar la adicion de la herencia y la representacion del difunto (*t*). Estos poseedores tenían un carácter equívoco y ocupaban, por decirlo así, un lugar intermedio entre los poseedores de buena fé y los de mala fé. Sabían que no tenían sobre los bienes de la sucesion los derechos de un verdadero heredero (*cum scirent ad se non pertinere*); obraban, sin embargo, conforme á la au-

---

(*r*) L. 25, § 2, de her. pet. (V, 3): «ait senatus: Eos qui bona invasissent... etiamsi ante litem contestatam facerint, *quo minus possiderent*, perinde condemnandos quasi possiderent.» A estas palabras del senado-consulto añade el § 7 la siguiente explicacion: «Si ante litem contestatam, inquit, fecerint. Hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes... pares fiunt, et quasi prædones tenentur.» Así, el abandono arbitrario de la posesion despues de la *litiscontestatio* es un acto desleal en toda clase de poseedores, que les hace incurrir igualmente en responsabilidad.

(*s*) Esto no explica las siguientes palabras de la ley 25, § 7, de her. pet. (V, 3): «post motam controversiam. . *cœpit scire rem ad se non pertinentem* possidere is qui interpellatur.» Lo cual es evidentemente falso para el poseedor realmente de buena fé.

(*t*) Gayo, II, § 52-58.

torizacion general de la ley; podían creer que nadie se presentaría á recoger la sucesion, y se proponían llegar á ser pronto propietarios en virtud de la usucapion. El senado-consulto de Adriano hizo su posicion más complicada é incierta; pues, á pesar de haberse cumplido la uscapion, podía el heredero verdadero reclamar los bienes hereditarios por una especie de restitucion *(u)*.

Una demanda dirigida contra estos poseedores cambiaba por completo su posicion y principalmente su cualidad moral. Hasta entónces la creencia posible de que nadie reclamaría la sucesion, no era excluida ni áun por la nueva ley. Pero desde el momento en que un demandante, fuese un heredero ó el fisco reclamaba contra ellos, cesaba su semi-buena fé, y se convertían realmente en poseedores de mala fé en la acepcion propia de la palabra. Además, esta modificacion tenía lugar, no desde el momento de la *litiscontestatio*, sino desde el momento en que tenían conocimiento de la demanda.

Poseemos en varios textos *(v)* la prueba cierta de que el senado-consulto de Ádriano tenía efectivamente por objeto esta relacion especial de derecho, y de este modo se explica de una manera muy sencilla que Ulpiano presente la *mala fides* del demandado como una consecuencia necesaria de la demanda. Confieso que en los textos relativos á este asunto no siempre se establece claramente, ni es fácil recocer, la distincion entre las diversas clases de poseedores; pero es preciso tambien considerar que no conocemos el texto del senado-consulto más que por los extractos incompletos de Ulpiano, y los textos de Ulpiano mismo por los extractos incompletos de los compiladores. No podemos, por consiguiente, decidir si la ambigüedad de la expresion, y principalmente, la distincion, poco clara algunas veces, entre los poseedores de buena fé verdaderos y estos poseedores equivocos, deben ser imputadas al jurisconsulto ó á los autores de los extractos.

Si se admite esta explicacion y si, al mismo tiempo, se reflexiona que esta relacion especial de derecho es entera-

---

(u) Gayo, II, § 58.
(v) L. 20, § 6; L. 25, § 2, 3, 5, 6, de her. pet. (V, 3).

mente extraña al derecho justiniáneo, resulta con evidencia que los citados textos de Ulpiano no pueden ser invocados para decir que en toda clase de accion la *mala fides* del demandado es una consecuencia necesaria de la *litiscontestatio*.

b) Consecuencias de la *litiscontestatio* referidas á la época en que el demandado tuvo conocimiento de la demanda.

Esta importante modificacion resulta claramente del siguiente pasaje del senado-consulto de Adriano, al cual se refieren las explicaciones de Ulpiano (*w*):

«Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt.»

Esta desviacion de tantas otras prescripciones del derecho romano se explica por dos circustancias del todo independientes una de otra.

La primera es la posicion especial del *prædo* en materia de *hereditatis petitio*: para él debía ser evidentemente admitida la *mala fides* desde el momento en que conoce la demanda. Acabo de tratar este asunto con algunos detalles.

La segunda circunstancia es que el senado-consulto de Adriano trata únicamente de las acciones del fisco relativas á las sucesiones vacantes. Respecto á estas acciones no se seguía el procedimiento ordinario, el único en que podía haber una verdadera *litiscontestatio*; eran llevadas *extra ordinem* ante los empleados del fisco, y, por consiguiente, tratábase de reemplazar la *litiscontestatio* (§ 257).

La misma necesidad existía en todo procedimiento extraordinario. Pero en el caso que nos ocupa, el senado-consulto mismo dá como equivalente de la *litiscontestatio* la época en que interviene una *denuntiatio* ó una *evocatio litteris vel edicto*; esta es una prescripcion enteramente positiva que no resulta en modo alguno de la naturaleza general de las acciones extraordinarias (257) y que lleva el sello de la fiscalizacion.

Siendo extrañas al derecho justiniáneo estas dos cir-

(*w*) L. 20, § 6, de her. pet. (V, 3), comparada con el § 11, eod y la L. 25, § 7, eod.

cunstancias que explican de una manera satisfactoria la fijacion de un punto de partida distinto de la *litiscontestatio*, no podemos admitir, segun el espíritu de este derecho, que los textos citados establezcan un punto de partida diferente de la *litiscontestatio* misma.

Aunque no se quisiera aceptar mi solucion con todas sus consecuencias, no se podría tampoco aprobar la interpretacion dada á los textos de Ulpiano por la mayor parte de los autores modernos.

Consideran estos, en efecto, la letra de dichos textos como la expresion de la regla suprema del derecho nuevo, aplicable á todas las acciones en general, sin tener en cuenta los numerosos textos en que aparece, por el contrario, la *litiscontestatio* como el término decisivo á que se refieren los efectos del litigio. Una interpretacion tan arbitraria no resiste al menor exámen. Aquí no se podría recurrir tampoco á una controversia entre los jurisconsultos romanos ó á un principio del derecho nuevo que reemplazase una regla abolida del antiguo derecho; pues los textos en que aparece la *litiscontestatio* como punto de partida decisivo pertenecen casi todos á la misma época y tienen por autor á este mismo Ulpiano cuyo testimonio se invoca para sustituir á la *litiscontestatio* una época anterior.

Si pretendiéramos atenernos rigurosamente á la letra del derecho justiniáneo tendriamos el siguiente resultado. Respecto á la peticion de herencia, á diferencia de las demás acciones, el principio de los efectos materiales del litigio no se refiere á la *litiscontestatio*, sino al conocimiento obtenido de la demanda, es decir, á la insinuacion. Pero es preciso reconocer tambien que esta regla excepcional no respecta á la naturaleza de la accion, sino á circunstancias históricas, de las cuales no existía vestigio alguno en tiempo de Justiniano, y que, en todo caso, la insercion de esta regla en el Digesto, si se quiere someter á ella la práctica, sería una de las numerosas inconsecuencias que se reprochan á los compiladores (x).

(x) En efecto, el senado-consulto de Adriano, dictado primitivamente para la *hereditatis petitio* del fisco, esto es, para una *publica causa*, se extendió más tarde á la accion de herencia de las personas privadas, y entró en el derecho general. (L. 20, § 6, 11, de her. pet., V, 3); se igno-

Acabo de exponer las circunstancias históricas á que se deben las fluctuaciones de los antiguos jurisconsultos, fluctuaciones que han pasado á la moderna literatura jurídica, aumentadas con errores diversos. Curioso es ahora observar la influencia que esta literatura ha ejercido en las legislaciones modernas, por más que el legislador gozase de una plena libertad de accion, y sólo tuviera que consultar las necesidades reales.

El Código prusiano ha incluido esta materia en el título de la posesion; y hé aquí la manera de tratarla *(g)*.

Declara en términos tan absolutos como los empleados en los textos de Ulpiano relativos á la *hereditatis petitio* (notas, *k*, *h*), que el simple litigio imprime á la posesion del demandado el carácter de mala fé y que esta mala fé existe á partir de la insinuacion de la demanda si las circunstancias particulares del caso no prueban que ha comenzado ántes.

§ 222: «*La posesion de mala fé* se presume comenzar desde el dia en que se comunicó la demanda al poseedor por los magistrados, cuando nada prueba que hubiese comenzado ántes.»

Esta decision se encuentra literalmente conforme con la doctrina de varios romanistas modernos; sin embargo, los redactores del código prusiano llegaron á ella por grados. Uno de los antiguos proyectos establece que la mala fé comienza á partir de la sentencia. Sobre este punto Tevenar observa que la insinuacion de la demanda es una advertencia suficiente para el poseedor ilegítimo, y que si no atiende á ella no merece su obstinacion ningun miramiento *(z)*. Suarez contesta: «participo enteramente de esta opi-

---

ra si se aplicó en todas sus partes ó solamente en algunas á las acciones privadas. La disposicion del § 5: «aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset» no parece convenir á las acciones privadas; otras disposiciones, por el contrario, como, por ejemplo, las que se refieren al *dolo facere quo minus possiderent*, sobre la distincion entre el *bonæ fidei* y *malæ fidei posssessor*, parecen susceptibles de una aplicacion general.

(*y*) A. L. R. Th. I, Tit. 7. Los materiales relativos á este título han sido trascritos en Simon und-Strampft, Zeitschrift für preuszisches Recht B. 3; Berlin, 1835, 8.

(*e*) Simon, p. 171. Esta afirmacion puramente gratuita se encuentra desmentida por la experiencia diaria, la cual muestra que los demanda-

nion;» mas pronto destruye la eficacia de esta declaracion añadiendo: por lo demás el juez puede decidir, segun las circunstancias, si la mala fé ha comenzado en una época distinta.

En este último sentido se redactó la disposicion del proyecto impreso del código (*aa*).

«La posesion de mala fé comienza á partir desde el día de la insinuacion de la demanda, cuando no se prueba que haya comenzado *antes* ó *despues*.»

Esto era hacer de la insinuacion una presuncion indiferente y abandonar el asunto á la apreciacion del juez. Pero semejante decision suscitó grandes dificultades. Goszler y otros pretendieron que la conviccion era un *internum* de que no tenía que ocuparse el legislador; que, en su virtud, la ley debía determinar invariablemente la época en que comenzaba la mala fé y que debía borrarse la alternativa ó *despues* (*bb*). Asi tuvo lugar, efectivamente, como lo prueba el texto transcrito, donde la presuncion propuesta ha sido transformada en una prescripcion absoluta, en una *ficcion* de mala fé, conforme á los principios que de exponer acabo.

Por las afirmaciones siguientes de Suarez, vemos, no obstante, cuán léjos estaba de poseer sobre esta materia decisiones ciertas y opiniones seguras (*cc*). Suarez distingue tres estados posibles para la conciencia del poseedor: 1.° poseedor de mala fé: tal es el que ha recibido el traslado de la demanda; el que por un error culpable de hecho cree legítima su posesion; por último el que tiene dudas sobre la legitimidad del título de su posesion; 2.° el poseedor que conoce la ilegitimidad de su posesion (es decir, el verdadero *malæ fidei possessor*); 3.° el poseedor fraudulento, es decir que ha adquirido la posesion *dolose*. Viene despues como perteneciendo á una clase enteramente distinta, el poseedor

---

dos, condenados, en definitiva, sostienen, sin embargo, el pleito con una firme conviccion de su derecho. Los que se inclinen á dudarlo deben considerar cuántas veces hay divergencia en un colegio de jueces; luego debe ser permitido al demandado creer que la minoría tiene razon.

(*aa*) Entwurf eines Gesetzbuchs für die Pr. Staaten, Th. II (1787), Tit. 4, § 153.

(*bb*) Simon, p. 321, 322.

(*cc*) Simon. p. 330, núm. 2 (V. ib., p. 633). Las sútiles distinciones que contiene esta doctrina de Suarez han pasado desgraciadamente al código prusiano; t. I, tit. 7, §§ 11, 17, 222, 229, 239, 242.

que ha obtenido la posesion por medio de un acto punible (*dd*).

Toda esta enumeracion, salvo algunas distinciones un poco sutiles, se refiere á la doctrina de los romanistas modernos que admiten igualmente la ficcion de la *mala fides* desde el principio del litigio (*ee*). Para ellos, de igual manera que sucede en el código prusiano, esta ficcion no tiene otro objeto que motivar la obligacion del demandado de restituir los frutos percibidos durante el proceso (la *omnis causa* (*ff*). Esta semejanza de apreciacion se muestra tambien en que el código prusiano, como los romanistas modernos, hace comenzar desde el principio del litigio la mora y la ficcion de la *mala fides*, y atribuye á la primera los mismos efectos que á la posesion de la mala fé (*gg*).

Esta teoría se separa de los verdaderos principios de derecho romano, en cuanto que, personificando este derecho el litigio en la *litiscontestatio*, hace de ella la base de una obligacion especial independiente de la *mala fides* y de la *mora*, las cuales pueden existir al mismo tiempo sin estorbarse. El código prusiano no conoce esta obligacion especial del derecho romano. La consecuencia práctica, esto es, la prestacion obligada de la *omnis causa* es la misma en uno y otro derecho; la diferencia, pues, se refiere más bien á la teoría que á la práctica. Pero ésto mismo prueba que no se ha separado conscientemente del derecho romano, en vista de progreso alguno. Las citas que ántes he hecho de los trabajos preparatorios, muestran claramente que los redactores del código se atenían á la doctrina entónces dominante en el derecho comun, y á todo lo más que aspiraban era á precisarlo mejor.

(*dd*) Simon, p. 332, núm. 12.

(*ee*) Suarez, por esta presuncion de *mala fides* no creía invocar de ningun modo, sino reproducir el derecho romano entónces en vigor; si existieran algunas dudas á este respecto, quedarian completamente disipadas por otros dos asertos del mismo Suarez. Ramptz Jahrbücher, t. 41, p. 8, 9.

(*ff*) A. L. R., § 223, 228, comparados con el § 222.

(*gg*) A. G. O, t. I, tit. 7, § 48, d, y et. L. R. t. I tit. 16, § 18. Aqui, sin duda, se aniquila la *mora* en cuanto á sus efectos á la posesion injusta del § 222 (I, 7), es decir, á la que presenta ménos gravedad, (segun la doctrina de Suarez, Véase nota *cc*.)

§ CCLXV. *Efectos de la litis contestatio.*—II. *Extension de la condena.* a.) *Ampliaciones.*

Los efectos de la *litiscontestatio* sobre la extension de la condena se muestran desde luego en las ampliaciones que pueden añadirse al objeto primitivo del litigio, cuyo valor debe ser asegurado al demandante para el dia del vencimiento (§ 264). Voy ahora á pasar revista á estas diferentes clases de ampliaciones y despues expondré las reglas aplicables á cada clase particular de accion.

Dichas extensiones pueden reducirse á dos clases principales, que designaré, en general, con el nombre de frutos (adquisicion regular y adquisicion accidental).

La nocion primitiva de frutos se refiere á las leyes de la naturaleza orgánica. Todo lo que, conforme á estas leyes, es producido por una cosa, se llama fruto de esta cosa.

Esta nocion, puramente natural, recibe un sentido jurídico en vista del carácter de esta produccion consistente en estar sometida á una renovacion periódica con la que se puede contar con más ó ménos certidumbre. Esta facultad de reproduccion es la que dá á las cosas que producen frutos su principal y, acaso, su único valor, y la que motiva tambien su adquisicion y su sostenimiento. Las cosas principales á que esta nocion se aplica son: las plantas de toda especie y sus diversas partes constitutivas, como frutos del suelo; y en cuanto á los animales, las crias, como frutos de la madre, la lana, la leche, etc.

Entre las adquisiciones fundadas únicamente en actos jurídicos y que, por tanto, nada tienen de comun con las leyes de la naturaleza orgánica, existen ciertos casos en que se encuentran los caractéres jurídicos que acabamos de asignar á los frutos; me refiero á la adquisicion que es consecuencia de la propiedad de otro bien, á la reproduccion periódica, probabilidad de esta reproduccion y al valor que por ella alcanza el bien principal. Semejantes adquisiciones se asimilan á los frutos ó están sometidas á reglas análogas (*a*). Los principales casos de esta especie son: el arren-

(*a*) L. 34, de usuris (XXII, 1): «*vicem fructuum obtinent;*» L. 36,

damiento ó alquiler de las cosas muebles é inmuebles, los intereses de un capital (*b*) y, entre los Romanos, el trabajo de los esclavos, pues dicho trabajo era considerado como un fruto regular y natural de la propiedad sobre éstos.

Los autores modernos designan estas dos clases de frutos con los nombres de *fructus naturales* y *fructus civiles*.

La propiedad de los frutos naturales se adquiere inmediatamente, en virtud del solo hecho de la produccion, por el propietario de la cosa principal, aún sin saberlo, y sin que verifique ningun acto para ello. Estos frutos son parte integrante de la cosa principal y no llegan á ser bienes distintos hasta que son separados de ella (*c*). La propiedad de este modo adquirida termina por el consumo ó por la enajenacion (*fructus consumti*), en cuyo último caso, su precio es lo que queda formando parte de los bienes.

La propiedad de los frutos civiles no se adquiere en virtud de su naturaleza propia, sinó en virtud de la tradicion, como respecto de los demás actos jurídicos (*d*). Desde el momento de su adquisicion ocupan los bienes el mismo lugar que los frutos naturales despues de su enajenacion, es decir, que tienen desde luego la naturaleza de los *fructus consumti*.

Hemos visto que es carácter comun á todos los frutos una reproduccion regular con la que puede contarse; á este

---

eod. «*pro fructibus accipiuntur*;» L. 51, de V. S. (L. 16): «Usura pecuniæ quam percipimus *in fructu non est*: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa, est, id est nova obligatione.» Aquí, el in fructu *non est* equivale al *pro* fructibus y *vicem* obtinent, de los textos precedentes; el motivo aducido no deja la menor duda sobre la legitimidad de esta interpretacion.

(*b*) L. 34, de usuris (XXII, 1): «Usuræ *vicem fructuum* obtinent: et merito non debent a fructibus separari.» Estos términos, contradictorios en apariencia con los de la L. 121 de V. S. (nota, *a*): «usura in fructu non est» significan, pues, únicamente que los intereses no se producen por una fuerza orgánica, sino que resultan de un acto jurídico. Papiniano dice en otros términos, lo mismo en la L. 62, pr. de rei vind. (VI, 1): «vectura sicut usura, non natura pervenit, sed jure percipitur». donde se reconoce que existe identidad de objeto entre la adquisicion del alquiler y la de los intereses.

(*c*) L. 15, pr., de pign. (XX, 1): L. 83, pro sec. (XVII, 2).

(*d*) El producto del trabajo de los esclavos se adquiría entre los Romanos en virtud del principio general que atribuye al señor el beneficio de todo acto de adquisicion verificado por el esclavo; este resultado no nacía, pues, propiamente de un acto jurídico, sino de una regla del derecho positivo.

importante carácter se refiere la nocion jurídica siguiente. El propietario que se encuentra en posicion de adquirir los frutos de una cosa, puede usar de esta facultad ó no usar de ella, ya sea voluntariamente ó por incuria. Semejante omision es por sí un acto tan indifente como la administracion más ó ménos acertada de la propiedad. Pero toma un sentido jurídico si su autor se encuentra ligado por una relacion de derecho que le impone la diligencia. Los autores modernos emplean para designar este caso la frase *fructus percipiendi*, que no es romana y que además está mal elegida *(e)*. Creo más propia la expresion de frutos descuidados.

Entre las adquisiciones resultantes de la propiedad, es preciso colocar tambien algunas que no tienen los caractéres que acabamos de asignar á los frutos, es decir, que no se refieren á una reproduccion regular que constituya el valor de la cosa principal. A esta clase pertenece: el aumento de un inmueble por aluvion, etc., los beneficios obtenidos en virtud de una accion penal por violacion de nuestras propiedades, y entre los Romanos, las sucesiones ó los legados adquiridos por el señor del esclavo instituido heredero ó legatario, como tambien la propiedad de los hijos que nacian de una esclava *(f)*.

Estas diversas adquisiciones entran en la presente investigacion en el sentido de que pueden modificar la extension de la condena si se verifican durante el curso del liti-

---

(*e*) No quiero decir que esta combinacion de palabras no sea latina, sino que no se encuentra nunca usada, como expresion técnica, por los Romanos, los cuales emplean siempre una interlocucion para designar la relacion jurídica indicada. Tiene además el inconveniente de abrazar tambien los frutos no recolectados, aún los no maduros, y de no señalar la circunstancia decisiva de la negligencia y de la pérdida que de ella resulta.

(*f*) Sin duda los hijos de una esclava se encuentran respecto á la madre en la misma relacion orgánica que las crias de los animales; pero estos hijos no eran considerados como frutos: «quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant» (L. 27, pr. de her. pet., V, 3). Tal era el punto de vista de los Romanos que el cristianismo no ha esclarecido todavía. En los estados de la América del Norte donde existen esclavos (*), sábese que los cristianos tienen otras opiniones y otras costumbres.

(*) Actualmente se encuentra abolida la esclavitud en toda la América, excepto en la Isla de Cuba, á la que únicamente es aplicable la censura del autor. (N. de los T.)

gio. Pero no debe olvidarse que pueden tambien engendrar otras relaciones de derecho y acciones independientes, tales son, principalmente, en cuanto á los frutos naturales separados de la cosa principal, la reivindicacion propiamente dicha, y en su defecto las condictiones (*g*).

Así, pues, cuando se dice que el derecho á uno de los objetos arriba enumerados resulta de la *litiscontestatio*, es necesario entender que ántes de esta, é independientemente de la misma, no existía tal derecho, ó al ménos no tenía la misma extension. Esta diferencia, que constituye el efecto especial de la *litiscontestatio*, debe ser cuidadosamente estudiada respecto á cada especie de accion.

§ CCLXVI. *Efectos de la litiscontestatio.*—II *Extension de la condena.* a) Ampliaciones (continuacion).

Trátase ahora de indagar de qué manera deben aplicarse las ampliaciones, cuya naturaleza hemos definido (§ 265) á las diferentes clases de acciones. Aquí debemos tomar por base la distincion entre las acciones *in rem* y las acciones personales.

A) Acciones *in rem.*

1) Accion resultante de la propiedad, es decir, la *rei vindicatio* del Digesto ó la *petitoria formula* de Gayo, que era una *arbitraria actio*, y por consiguiente, de la clase más libre.

2) Accion de peticion de herencia, es decir, la *hereditatis petitio* del Digesto ó la *petitoria formula* relativa á las sucesiones.

Reuno estas dos acciones porque la comparacion de ambas es indispensable para su justa apreciacion, y además porque el texto más explícito sobre la cuestion que nos ocupa da la misma solucion para una y para otra (*a*). La regla general es que la condena debe comprender la *omnis causa*, es decir, los frutos en la más ámplia acepcion de la palabra, como tambien las adquisiciones accidentales que no tienen la naturaleza de frutos (*b*).

(*g*) Véase t. IV, p. 166, nota *b*.
(*a*) § 2, J. de off. jud. (IV, 17).
(*b*) Respecto á la accion resultante de la propiedad: L. 17, § 1; L. 20,

Hé aquí, ahora, cuál es la influencia de la *litiscontestatio* sobre la aplicacion de esta regla *(c)*.

a) El poseedor de buena fé aprovecha todos los frutos percibidos ántes de la *litiscontestatio*, exceptuando los frutos naturales que existían todavía materialmente en esta época. Pero á partir de la *litiscontestatio*, debe, no solamente el valor de los frutos consumidos ó enajenados, sino tambien el de los que ha descuidado recoger.

La *litiscontestatio* tiene, pues, aquí un efecto muy importante fundado en la relacion obligatoria que dicho acto crea, relacion que obliga al demandado á considerar y administrar la cosa litigiosa como pudiendo ser de otro y á responder por consiguiente de su *culpa* (*d*).

b) El poseedor de mala fé está sometido desde la *litiscontestatio* á obligaciones tan rigurosas como el poseedor de buena fé, lo cual por sí mismo se comprende. Pero este rigor existe igualmente para toda la duracion de la posesion anterior á la la *litiscontestatio*, por lo cual ésta carece entónces de consecuencia s prácticas.

No era esta la regla del antiguo derecho. No estando el poseedor de mala fé ligado por ninguna relacion obligatoria ántes de la *litiscontestatio*, no respondía de los frutos no percibidos por negligencia. El senado-consulto Juventiano fué el primero que ordenó que en materia de peticion de herencia fuese considerado desde el orígen de su pesesion al poseedor de mala fé como ligado por una relacion obligatoria, evidentemente de la naturaleza de los delitos. A esto se llamó el *dolus prœteritus* (*e*), del cual se deducía, entre otras consecuencias, la obligacion de responder de los frutos no percibidos por descuido ántes de la *litiscontestatio* (*f*). Este rigor dirigido contra el poseedor de mala fé, y que arrebata en este caso á la *litiscontestatio* sus efectos prácticos, fué

35, § 1, de rei vind. (VI, 1). Respecto á la accion nacida de la herencia: L. 25, § 9; L. 27, pr.; L. 29, de her. pet. (V, 3).

(*c*) § 2, J. de off. jud. (IV, 17); L. 22, C. de rei vind. (III, 32).

(*d*) § 2, J. de off. jud. (IV, 17): «qui *culpa possessoris* percepti non sunt.» Paulo, I, 13, A. § 9: «Hi fructus in restitutione præstandi sunt petitori, *quos unusquisque diligens paterfamilias et honestus colligere potuisset.*»

(*e*) L. 20, § 6: L. 25, § 2, 7; L. 13, § 2, de her. pet. (V, 3).

(*f*) L. 25, § 4, 9, de her. pet. V, 3).

extendido por los antiguos jurisconsultos desde la *petitio hereditatis* á la *rei veindicatio* (*g*).

Los efectos de la *rei vindicatio*, tal como acabo de exponerlos, no son en su principio una invencion de los jurisconsultos romanos, sino un verdadero desarrollo de las reglas del antiguo derecho. Este principio se encuentra ya en el antiguo *prædes litis et vindiciarum* (*h*), donde la expresion técnica *vindiciæ* designa los frutos. El antiguo derecho imponía además, al demandado la obligacion de restituir el doble del valor de los frutos, obligacion de la cual, el derecho nuevo no ha conservado el menor vestigio (*i*).

3) *Actio ad exhibendum*, que es ciertamente una accion personal, pero que respecto á la cuestion que nos ocupa está sometida á las mismas reglas que la accion nacida de la propiedad (*k*), como igualmente las que siguen:

4) *Actio finium regundorum* (*l*).

5) *Actio confessoria* (*m*).

6) *Actio hypothecaria* (*n*).

B) Acciones personales.

Aquí encontramos una relacion enteramente distinta de la existe respecto á las acciones *in rem*. En efecto, como las acciones personales tienen siempre por base obligaciones que deben existir ántes de la *litiscontestatio*, trátase de conocer las cláusulas de estas obligaciones independientemente del litigio. Si una de estas cláusulas impone la restitucion de los frutos, la *litiscontestatio* no tiene sobre este punto nada nuevo que fijar, de modo que la prestacion de los frutos no puede originarse de la *litiscontestatio*, sino cuando ya resulta de la obligacion.

(*g*) L. 27, § 3, de rei vind. (VI, 1).

(*h*) Gayo, IV, § 91, 94.

(*i*) Paulo, V, 19, § 2; L. 1, pr., C. Th., de us. rei jud. (IV, 19); L. 1, C. Th., de fruct. (IV, 18), reproducida con interpolaciones en la L. 2, C. de fruct. (VII, 51); estos dos textos comparados en Heimbach Lehre von der Frucht, p. 160. L. Rom. Burg. ed. Carkow. Tit. VIII, lin. 17-20, Título XXXV, lin. 11-13. No he de extenderme más hablando de esta oscura institucion, que carece de interés para el derecho nuevo; V. Heimbach, p. 163-166.

(*k*) § 3. J. de off. jud (IV, 17), L. 9, § 58, ad exhib. (X, 4).

(*l*) L. 4, § 2, fin. reg. (X, 1).

(*m*) L. 5 § 4, si ususfr. (VII, 6); L. 19, § 1, de usur. (XXII, 1).

(*n*) L. 16, § 4, de pign. (XX, 1).

El fundamento de las reglas que rigen en esta materia no es, como en otros casos, la distincion entre las *stricti juris* y *bonæ fidei actiones*, sino más bien la distincion siguiente. Las acciones personales tienen por objeto una *repetitio*, es decir, la restitucion de una cosa ó de un valor que formaba parte de nuestros bienes; ó una cosa nueva que no ha formado nunca parte de ellos (*ad id consequendum quod meum, non fuit, veluti ex stipulatu* (*o*).

1) Cuando se trata de una *repetitio* los frutos y demás ampliaciones se deben desde el principio, de modo que la *litiscontestatio* no ejerce sobre esta relacion ninguna influencia. No se distingue tampoco si la obligacion dá nacimiento á una accion rigurosa ó á una accion libre; así es que, por ejemplo, la obligacion que forma la base de *condictio indebiti* entraña la restitucion de los frutos desde su principio, es decir, ántes de todo litigio y aún sin *mora* (*p*).

2) Cuando las acciones tienen por objeto una cosa nueva (*quod meum non fuit*) se distinguen las acciones libres de las rigurosas.

a) Respecto á las acciones libres de esta clase parece que la regla seguida en todo tiempo y sin controversia alguna, imponía la restitucion de los frutos (*q*). Mas esto tenía poca importancia, pues ordinariamente las cláusulas especiales de estas obligaciones, principalmente el hecho de la *mora*, entrañaban ya la restitucion de los frutos, y absorbían por consiguiente, los efectos de la *litis contestatio* (*r*).

(*o*) Esta distincion importante se encuentra reconocida por Paulo en los dos principales textos relativos á este asunto: 1.° la L, 65, de cond. indeb. (XII, 6). no trata más que de las acciones que tienden á la *repetitio*; 2.° la L. 38. de usuris (XXII, 1) habla de dos clases de acciones; y aunque sólo en el § 7 (V. nota, *s*) indica el contraste entre ellas, sin determinarlo claramente, se desprende con evidencia el codjunto semejante contraste.

(*p*) L. 65, pr., § 5, 7; L. 15, pr., de cond. indeb. (XII, 6). A la misma clase de acciones se refiere, evidentemente, la L. 38, pr., § 1-6, § 10-15, de usur. (XXII. 1). La L. 4, C. *unde vi* (VIII, 4), y la L. 3, C. de pign. (IV, 24) no contiene más que simples aplicaciones al interdicto *unde vi* y á la *actio rignoratitia*. Sin duda que los intereses no pueden ser reclamados en virtud do la *condictio indebiti*, como más adelante explicaré.

(*q*) L. 38, § 15, de usur. (XXII, 1): «In ceteris quoque bonæ fidei judiciis fructus *omnimodo* præstantur.»

(*r*) Así, por ejemplo, con motivo de la venta, la L. 38, § 8, de usur.: «ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt.» Aquí se atiende

b) Respecto á las acciones rigurosas (las condictiones), no implicaba la obligacion desde su orígen la prestacion de los frutos y ni aún la *mora* misma producía este efecto. Así, por ejemplo, cuando era debido un inmueble en virtud de una estipulacion, el acreedor no podía reclamar más que el inmueble mismo, sin los frutos percibidos despues del contrato ó de la *mora*; y no tenía otro recurso, para evitar la pérdida eventual resultante de la aplicacion de esta regla, que ejercitar prontamente su accion. Pero aquí se muestra un efecto importante de la *litiscontestatio*, pues á partir de esta época, el demandado está obligado á la *omnis causa*. Esta regla no existía en el derecho primitivo, pero desde muy antiguo, sin duda por su analogía con la *rei vindicatio*, se reconoció su justicia; Sabino y Casio se declararon en su favor y desde entónces fué admitida generalmente (*s*).

§ CCLXVII. *Efectos de la litiscontestatio.*—II. *Extension de la condena.* a) Ampliaciones (continuacion). Frutos descuidados.

He hablado ya varias veces de la responsabilidad en que se incurre por los frutos descuidados, llamados comunmente *fructus percipiendi* (§ 265-266).

Los autores modernos han caido sobre este punto en varios errores, nacidos de haber querido tratar con demasiada sutileza una materia por demás sencilla en sí misma.

Encontramos una base sólida para nuestra indagacion en el principio claramente expresado de que la responsabilidad de los frutos descuidados proviene de la *culpa* del poseedor que hubiera debido recogerlos (§ 266, *d*). Así, pues, la existencia ó la no existencia de la *culpa* debe disipar todas las dificultades que pueden suscitarse á este respecto.

---

tanto á la mora como al pago del precio, es decir, á la naturaleza bilateral del contrato. De igual manera, en los fideicomisos se toma como punto de partida de la restitucion de frutos ya la *mora* ya la *litiscontestatio*, si bien esta lo es únicamente cuando no existe ántes la *mora* (§ 271).

(*s*) L. 38, § 7, de usur. (XXII, 1): «Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti extipulatu, fructus non consequar etiamsi mora facta sit. Quod si acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex æquitate fructus quoque post acceptum judicium praestandos putant; ut causa restituatur: quod puto recte dici:»

Los autores modernos se han tomado mucho trabajo, á lo que parece, inútilmente, en resolver la cuestion sobre sí la posibilidad de recoger los frutos debía ser apreciada con relacion á la persona del demandante ó á la del demandado. Muchos pretenden distinguir entre la accion resultante de la propiedad y la peticion de herencia (*a*); otros, entre el poseedor de buena fé y el de mala fé (*b*); otros, por último, pretenden que sólo debe tenerse en cuenta la persona del demandante (*c*).

Mi crítica se refiere más bien á la manera de formular la cuestion, que al mérito de estas diversas soluciones. La cuestion, en efecto, tal como se formula, implica que la percepcion de frutos se refiere á una capacidad individual que puede existir ó faltar, ya en una, ya en otra de las partes.

Segun el principio que dejo sentado, no cabe justificar la afirmacion antedicha, porque se trata únicamente de hacer constar la *culpa* del poseedor, la cual se reconoce por signos generales y ciertos; basta comparar la conducta del deudor con la que hubiera observado en semejante circustancia un *diligens paterfamilias*. Con arreglo á este término invariable de comparacion, debe el juez dictar su sentencia sin que tenga que ocuparse de la personalidad del deudor (*d*). Es cierto que varios textos declaran deberse los frutos en los casos en qué el demandante hubiera podido recogerlos (*e*); pero otros textos, y en mucho mayor número, tratan sólo la cuestion de saber si el demandado ha *podido* ó *debido* recoger los frutos (*f*). Estas dos locuciones tienen el mismo sentido absolutamente, y con razon se emplean indiferentemente una por otra.

La prueba de que estas dos maneras de presentar la

(*a*) Buchholtz, Abhandlungen, p. 13-15.
(*b*) Glück, t. VIII, p. 262, 293, 298.
(*c*) Heimbach, Lehre von der Frucht, p. 168-170, p. 184.
(*d*) En ciertos casos excepcionales poco importantes, se ha tenido en cuenta el carácter individual del deudor, para tratarlo con ménos rigor (diligentia quam suis rebus adhibere solet). No se trata aquí de semejante caso.
(*e*) L. 62, § 1, de rei vind. (VI, 1); L. 39, § 1, de leg. 1, (XXX); L. 4, C. unde vi (VIII, 4).
(*f*) L. 25, § 4, de her. pet. (V, 3); L. 2, C. de fruct. (VII, 51): L. 5, C. de rei vind. (III, 32); L. 1, § 1, C. de her. pet. (III, 31); L. 3, C. de pign. act. (IV, 24).

cuestion no ofrecen diferencia alguna, es que comparadas con el principio general de la *culpa*, no pueden tener otro sentido que el siguiente: lo que un buen padre de familia hubiera hecho en semejante caso. Cuando las fuentes del derecho hablan de los frutos que el demandante hubiera podido recoger es siempre por oposicion á los frutos que el demandado ha recogido efectivamente y que no se tienen en cuenta (*g*). Ningun texto establece diferencia entre el demandante y el demandado en cuanto á la capacidad de percibir los frutos (*h*), como equivocadamente suponen los autores modernos en sus controversias.

En una obra recientemente publicada (*i*) se ha pretendido que el poseedor no era responsable de los frutos descuidados, sino cuando éstos existían realmente y no los hubiera recogido; pero que no era responsable en modo alguno en el caso en que no hubiera hecho ninguno de los trabajos indispensables para la produccion de estos frutos. Así, el que hubiera descuidado regar, debería dar cuenta de los frutos; pero no el que hubiera olvidado sembrar las tierras.

Una justa aplicacion del principio de la *culpa*, y el conjunto de la relacion de derecho considerada bajo el punto de vista práctico, deben hacer no rechazar completamente esta doctrina. Cuando, previendo el poseedor de un fundo que ha de ser vencido en un proceso suscitado sobre la propiedad, pleito que puede durar varios años, deja las tierras sin cultivo, y por consiguiente, sin producto, no podría decirse que esta conducta sea, como Paulo exige (§ 266, *d*), la de un *diligens paterfamilias*. Además, se dice expresamente que el poseedor de mala fé es tambien responsable de la omi-

---

(*g*) L. 4, C. unde vi (VIII, 4): «fructus etiam quos vetus possessor *percipere potuit*, non tantum quos prædo *percepit*.»

(*h*) Es verdad que se lee en la L. 62, § 1, de rei vind. (VI. 1): «constat animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset;» texto que parece haber sido el que ha ocasionado el error consistente en tomar una ú otra por base de la sentencia. Pero la leccion del manuscrito de Florencia, *fruiturus sit*, debe ser evidentemente rechazada como vacía de sentido, pues no se trata aquí de una sentencia que se dirija al porvenir. Si se lee conforme á la Vulgata *fruitus sit*, leccion que no se presta á objecion alguna, la débil apariencia de contradiccion se desvanece y el texto se encuentra literalmente conforme con el código citado en la nota *g*.

(*i*) Heimbach, Lehre von der Frucht, p. 177-178.

sion de los gastos que la cosa reclama (*k*), sin distinguir entre los gastos necesarios para el sostenimiento mismo de la cosa y los que tienen por objeto la produccion de los frutos.

Si se aplicase á los frutos civiles la doctrina que combato, produciría los siguientes resultados. El posedor estaría obligado á guardar en su caja los alquileres y los intereses que se le debieran por contratos existentes; pero no estaría obligado á hacer arrendamientos aunque la cosa misma estuviera destinada á ser arrendada. Pero vemos formalmente declarado precisamente lo contrario. El poseedor de mala fé responde de los frutos descuidados si no arrienda los bienes que están habitualmente destinados á arrendarse (*l*). De igual manera, el heredero que sin motivos legítimos retarda la entrega de una suma de dinero legada, debe los intereses acostumbrados en el país (*m*).

El conjunto de esta relacion de derecho se encuentra reproducido con mucha exactitud en el siguiente texto del comentario Visigodo (*n*).

«Quales per diligentem culturam consequi propii domini utilitas potuisset.»

Por lo demás, la doctrina que aquí refuto descansa en una interpretacion demasiado literal de las palabras *percipere* y *colligere*, que directamente y en sí mismas sólo expresan el hecho de la recoleccion; pero que en el espíritu de los textos abrazan tambien los actos preliminares indispensables para la produccion. Si se exigieran al poseedor una habilidad y unos exfuerzos extraordinarios estaría fundada la opinion que combato, pero los cuidados que se le exigen son los que todo propietario emplea en su propiedad

---

(*k*) L. 31, § 3, de her. pet. (V, 3): «Sumtum..... si facere debuit, nec fecit, culpæ hujus reddat rationem.»

(*l*) L. 62 pr., de rei vind. (VI, 1): «Si navis a malæ fidei possessore petatur, et fructus æstimandi sunt, ut in taberna et area *quæ locari solent.*» L. 19, pr., de usur. (XXII, 1) al fin del texto.

(*m*) L. 39, de leg. 1 (XXX). La mencion de los intereses usados en el país prueba que el heredero debe no solamente guardar el dinero, sino emplearlo, pues si se tratase de un capital ya colocado, no se hablaría de los intereses acostumbrados en el país, sino de los estipulados en el contrato.

(*n*) Interpr., L. 1, C. Th., de fruct. (IV, 18).

si no quiere incurrir en la censura de una incuria evidente.

Terminaré este asunto con una observacion sobre los medios ó recursos jurídicos que deben emplearse respecto á los frutos descuidados. Cuando los frutos existen naturalmente ó han sido consumidos, puédese recurrir, segun las circunstancias, á muy diversos medios jurídicos: la accion principal, que comprende tambien los frutos; la reivindicacion, si éstos existen materialmente; la *condictio*, si han sido consumidos.

Otra cosa sucede respecto á los frutos descuidados. Con frecuencia pueden ser comprendidos en la accion relativa á la accion principal, que es como efectivamente se aplican las reglas más arriba expuestas. Pero estos frutos no pueden ser objeto de una reivindicacion, puesto que no han sido nunca poseidos por el demandado. La *condictio* es igualmente imposible á falta de la condicion fundamental para la misma, esto es, el beneficio sacado de la cosa de otro *(o)*.

Esta última proposicion se encuentra expresada en el siguiente texto, fácilmente susceptible de una falsa interpretacion *(p)*:

«Si ejus fundi quem alienum possideres, fructum non cœgisti, nihil ejus fundi fructum nomine te dare oportet.»

Superficialmente considerado este texto, parece en contradiccion con todos los principios sobre la cuenta que hay que rendir de los frutos descuidados. Pero si se tiene presente la significacion técnica, nada dudosa, de las palabras *dare oportere*, no expresa este texto, como acabo de explicar, otra cosa que la negacion de una *condictio* independiente. El autor de dicho texto quiere solo decir que los frutos descuidados no pueden ser objeto de una condictio: pero no pretende que no se deban tener nunca en cuenta estos frutos, puesto que pueden ser comprendidos en la reivindicacion de la cosa principal *(q)*.

(o) V. t. IV, p. 330.
(p) L. 78, de rei vind. (VI, 1).
(q) Esta recta interpretacion del texto se encuentra en Heimbach, Lehre von der Frucht, p. 24-95.

No debe creerse tampoco que esta distincion ofrezca solamente interés para la teoría y carezca de importancia práctica. Cuando el poseedor de mala fé pierde sin *dolus* la posesion de la cosa principal, no puede ser ejercitada contra él la reivindicacion, resultando, por tanto, imposible la repeticion de los frutos dejados de percibir por descuido anteriormente, mientras que esta sería siempre posible teniendo el recurso de una *condictio* especial.

El código prusiano contiene la siguiente disposicion sobre los *fructos percipiendi*. No impone á todo demandado la obligacion de dar cuenta de los frutos que ha descuidado percibir durante el litigio, sino únicamente al que posee comosuya la cosa agena, sabiendo que es de otro, es decir, al *malæ fidei possessor*, propiamente dicho *(r)*.

No puedo aprobar semejante desvíacion de los principios del derecho romano. Todo demandado, cualquiera que pueda ser su convencimiento sobre la justicia de su derecho, debe, sin embargo, admitir la posibilidad de perder el pleito y en esta eventualidad considerarse como administrador de la cosa de otro, ligado, por consiguiente, á ciertas obligaciones. Cuando en semejante posicion se abstiene por incuria de sembrar las cosas litigiosas ó de recolectar sus frutos, la sentencia que lo condena á restituir la cosa principal debe, en justicia, hacerle pagar una indemnizacion por los frutos que ha descuidado recoger. Creo que la disposicion errónea del código prusiano, se debe únicamente al falso punto de vista en que se había colocado el legislador para determinar las obligaciones especiales nacidas del litigio (§ 264). Queríanse referir todas las responsabilidades á la mala fé del poseedor y se creyeron distinguir en ella diversos grados á que atribuir diferentes consecuencias.

(r) A. L. R. I, Th., 7, § 229. A primera vista podría creerse que se trata aquí del poseedor injusto mencionado en el § 222, es decir, del demandado en general. Pero el legislador ha querido hacer una distincion, como lo comprueban, en primer lugar, los diferentes términos empleados en ámbos §§· en segundo lugar, las palabras de los §§ 223-228 comparadas con las del § 229, pues este último significa algo de nuevo; confirmanlo, por último, tambien las observaciones de Suarez en Simon Zeitschrift, t. III, p. 330 núm. 2, p. 172; V., ibid., p. 633, y más arriba, § 264.

§ CCLXVIII.—*Efectos de la litiscontestatio.—II.—Extension de la condena. a) Ampliaciones (Continuacion). Intereses judiciales.*

Entre las ampliaciones, cuya prestacion se relaciona con la *litiscontestatio*, existe una muy importante en la práctica y que ha suscitado muchas dificultades y controversias; me refiero á los intereses judiciales. Mas para estudiar completamente este asunto, es indispensable presentar, ante todo, un corto resúmen de la teoría de los intereses, sin lo cual nos exponemos á interpretar y á aplicar equivocadamente los más importantes testimonios de las fuentes del derecho.

La idea fundamental expresada por la palabra intereses descansa sobre una distincion entre dos clases de valores; el valor de la cosa (el valor de la propiedad) y el valor de su uso. Los actos jurídicos que hacen resaltar mejor esta distincion son la venta y el contrato de arrendamiento. Como el valor del uso tiene por base la actividad del hombre, ejercitándose con cierta continuidad sobre la cosa, este valor no tiene sentido sino cuando se le supone un cierto espacio detiempo aprovechado por el ejercicio de esta actividad.

El equivalente del valor del uso, así como del de la cosa, puede ser representado de mil diferentes maneras; por una suma de dinero, por trabajos, por el uso recíproco de otra cosa, etc. Es tan imposible como inútil someter á una regla comun la mayor parte de los casos de este género: esta necesidad sólo existe para una clase especial de objetos cuya particular naturaleza voy á determinar.

Son estos, las cosas cuyo valor consiste ordinariamente, no en su individualidad, sino en su número, su medida ó su peso, de modo que, permaneciendo las mismas estas cantidades, es del todo indiferente la sustitucion de un indivíduo por otro. Esto es lo que los romanos designan por: *res quæ pondere, numero, mensura continentur (consistum)*, designacion muy exacta, pero demasiado ámplia para ser de un uso cómodo y habitual. Los autores modernos la han sustituido despues de algunos siglos con la locucion bárbara de

res fungibiles (*a*). Por mi parte, emplearé la de *quantitas* que tiene á su favor la autoridad cierta de los jurisconsultos romanos. En efecto, si bien en la mayor parte de los textos la voz *quantitas* significa magnitud ó extension, es decir, que expresa una cantidad comun á las cosas más diversas, hay tambien varios textos, nada equívocos, en que la palabra *quantitas* designa exclusivamente la clase especial de cosas que nos ocupa, esto es, las que en las relaciones de derecho se consideran, no segun su individualidad, sino segun su número, su medida ó su peso. Una cosa de esta especie se llama *quantitas* por oposicion á *corpus* ó *species*, es decir, una cosa que forma el objeto individual de una relacion de derecho (*b*).

Para las *quantitates*, como respecto á las demás cosas, puede ser determinado de varias maneras el valor de su uso, principalmente por medio de cantidades de la misma especie, evaluacion tan importante y tan cómoda en las relaciones sociales que ha sido en todo tiempo objeto de especiales disposiciones. Ahora bien, á esta evaluacion se refiere la institucion de los intereses (*usura* y tambien *usuræ*).

Se llaman intereses á una proporcion determinada de una cantidad equivalente al uso de una cantidad de la misma especie, llamada capital. La relacion de los intereses es aplicable en sí misma á toda clase de cantidades, á los granos, al vino, al aceite, etc., y tambien al dinero. Pero esta

---

(*a*) El orígen de esta expresion se encuentra en la L. 2, § 1, de reb. cred. (XII, 1): «quia in genere suo *functionem recipiunt* per solutionem.» Parece que la frase res *fungibles* fué introducida por Zasio en el § 30, J. de actionibus, núm. 17-18; al ménos se toma el trabajo de reforzar á los autores que emplean en este sentido la voz *quantitas*: «sed male ét barbare: sola enim pecunia quantitas dicitur, quia per eam quanta quæque res sit æstimatur.

(*b*) L. 34, § 3-6, de leg. 1 (XXX); L. 15, § 4, de usufr. (VII, 1); L. 94, § 1, de solut. (XLVI, 3). Estos textos hablan, á la verdad, principalmente de sumas de dinero, las cuales constituyen la *quantitas* más ordinaria é importante. Pero el primero de ellos abraza bajo esta denominacion todo lo que *pondere, numero, mensura continetur* y todas estas cosas contrastan completamente con *corpus* y *species*. La crítica de Zasio (nota, *a*) no es por tanto fundada. La nueva denominacion propuesta por algunos autores, *cosas susceptibles de ser reemplazadas*, es á penas comprensible sin un comentario, pues todas las demás cosas pueden tambien reemplazarse (por medio de una indemnizacion en dinero). Las propiedades de las *quantitates* y de las *cosas fungibles* son muy diferentes aunque en la aplicacion se trate con frecuencia de los mismos objetos.

última aplicacion es tan comun y tan importante que cuando se habla de intereses en general á ella únicamente se refiere el pensamiento.

He dicho ya que en derecho se consideran los intereses como frutos del capital (*c*). Esto no quiere decir que el dinero (intereses) sea un fruto del dinero (capital), sino que el crédito de los intereses es considerado como un fruto producido por el crédito del capital.

La cuestion más importante es ahora la de saber de qué manera se establece el crédito de los intereses. Esta clase de crédito resulta generalmente de dos causas á saber: 1.ª de la voluntad del deudor, la cual se manifiesta casi siempre bajo la forma de contrato; 2.ª de una regla general de derecho.

I. El contrato considerado como causa de un crédito de intereses.

Entre los romanos este contrato podía revestir la forma de una estipulacion ó de un simple pacto.

A) La estipulacion de intereses era de una aplicacion general y podía engendrar siempre una accion. Semejante estipulacion podía siempre tener lugar, ora resultase la deuda principal de una estipulacion con ó sin préstamo, ora de un simple préstamo sin estipulacion; ora de cualquier otro acto obligatorio.

El caso más importante y ordinario entre los romanos era aquél en que ámbas obligaciones, la del capital y la de los intereses, descansaban sobre una estipulacion que tenía por objeto el dinero. Que estas dos obligaciones nacieran de dos contratos distintos, es decir, con un doble *spondes? spondeo*, ó estuviesen contenidas en un solo contrato, al fin del cual se expresara esta pregunta y esta respuesta, el resultado era absolutamente el mismo. En efecto, tanto en el segundo caso como en el primero, había dos estipulaciones distintas, y áun de especies diferentes, la una *certa*, referente al capital, la otra *incerta*, referente á los intereses (*d*).

(*c*) L. 34, de usuris (XXII, 1); L. 121, de V. S. (L. 16); L. 62, pr de rei vind. (VI, 1), V. § 265. *a*, *b*.

(*d*) L. 75, § 9, de verb. obl. (XLV, 1): «qui sortem stipulatur, et usuras quascumque, *certum* et *incertum*, stipulatus videtur: et tot stipulationes sunt quot res sunt.» (Aquí, pues, hay dos. Estas últimas palabras indican una regla de derecho proverbial; V. L. 86, eo l.) L. 8, de eo quod certo loco (XIII, 4), «ibi enim *duæ stipulationes* sunt» (se trataba de un capital y sus intereses).

La estipulacion del capital era necesariamente *certa*, porque el importe del mismo era cierto y determinado; la estipulacion de los intereses era necesariamente *incerta*, porque se ignoraba á cuánto subirían los intereses vencidos y, por tanto, cuál era la suma que habría de reclamarse. Pero supuesto que existían dos estipulaciones de diferente especie, tenían necesariamente que existir tambien dos acciones distintas, una *certi* y una *incerti condictio* cuya diferencia es bien conocida: la accion debía responder siempre exactamente á la estipulacion sin que quedase nada al arbitrio del demandante (*e*).

De igual modo, cuando se estipulaban los intereses como accesorios de un simple préstamo (sin estipulacion), existían tambien dos acciones distintas: una *certi* y una *incerti condictio* (*f*).

B) El pacto relativo á un pago de intereses tenía diferentes efectos, segun la naturaleza de la deuda principal. Este pacto podía ser accesorio: a) de un *bonæ fidei contractus*; b) de una estipulacion; c) de un préstamo.

a) En principio, el pacto sobre intereses unido á un *bonæ fidei contractus* engendra una accion, no independiente, sino ligada á la accion principal que resulta del contrato. Esta relacion de derecho, fundada sobre reglas generales bien conocidas, se encuentra aplicada principalmente á la venta, al arrendamiento, al mandato y al depósito (*g*).

b) Cuando al lado de una estipulacion respectiva al capital existe para los intereses un simple pacto formalizado simultáneamente, este pacto tenía la misma eficacia que una estipulacion; daba lugar á una *incerti condictio*. No se encontraba esto conforme con el rigor de los antiguos principios sobre la estipulacion, y sólo fué admitido por consecuencia de la interpretacion más libre dada al contrato. Nótase que esta regla se estableció progresivamente y no

---

(*e*) Gayo IV, § 53: «sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet.»

(*f*) L. 4, C. depos. (IV, 34): «non duæ sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una.» Aquí, pues, nos encontramos con la regla contraria á la acabada de mencionar, respecto á los intereses estipulados.

(*g*) L. 5, C. de pact. int. empt. (IV, 54); L. 17, § 4, de usuris (XXII, 1) L. 24, pr. in f., mandati (XVII, 1); L. 24, L. 26, § 1, depos. (XVI, 3).

sin contradicciones (*h*). La idea en que se funda es la siguiente: Cuando las partes habían cuidado de expresar todas sus convenciones, tanto para el capital como para los intereses, y de colocar al fin la fórmula general: *ea omnia dare spondes? spondeo*, la estipulacion abrazaba incontestablemente todas las partes de la promesa, comprendiendo los intereses. Cuando las partes no habían obrado con entera regularidad, no debía esta circunstancia perjudicarles más que la inobservancia de las antiguas formas en muchos otros casos; y por una especie de ficcion se admitía que la fórmula de la estipulacion expresada en medio del acto había sido reproducida al final. Este resultado se debe á la misma libertad de interpretacion que motivó, áun en tiempo de los antiguos jurisconsultos, se considerase la estipulacion como eficaz, aunque hubiera sido hecha en lengua extranjera, en diferentes lenguas, ó que la respuesta no estuviera literalmente conforme con la pregunta.

c) Por último, el pacto sobre intereses unido á un simple préstamo, está rodeado de numerosas complicaciones y ha dado lugar á una falsa interpretacion de varios textos difíciles del derecho romano; este punto exige, pues, ser cuidadosamente estudiado.

Desde luego, si comparamos el préstamo con la estipulacion que acaba de ocuparnos, nos resulta la siguiente regla; puede válidamente añadirse al préstamo todo lo que es susceptible de figurar en una estipulacion: »

«Omnia quæ inseri *stipulationibus possunt*, eadem possum etiam *numerationi pecuniæ*: et ideo et condictione (*i*).

Hemos visto que el pacto sobre intereses unido á una estipulacion había sido, con el tiempo, admitido como base de una accion; parece, pues, que para ser consecuente, hubiera debido atribuirse al préstamo la misma eficacia; la naturaleza rigurosa del contrato, que no era más rigurosa

---

(*h*) L. 40, de reb. cred. (XII, 1). Sobre este texto célebre por su dificultad (L. *Lecta*). V. Glück, t. IV, p. 268-276, Schulting, notæ III, 31. No necesito dar aqui la explicacion completa de este texto; veamos la parte relativa á mi propósito, la cual, en mi sentir, no es susceptible de ninguna duda: «pacta *incontinenti facta* stipulationi *inesse credentur*.... Pactum autem, quod subjectum est, *quidam dicebant*... tantum ad exceptionem prodesse.... et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum, *quamvis sententia diversa obtinuerit*», rel.

(*i*) L. 7, de reb. cred. (XII, 1).

que la naturaleza de la estipulacion, no debió impedirlo. La consecuencia, añado, exigía que se hiciera esta aplicacion, tanto al préstamo de dinero como al préstamo de otras *quantitates*. Respecto á esta última especie, el préstamo de granos, etc., se admitió efectivamente, como pronto demostraré. El no haber sucedido lo mismo en cuanto al préstamo de dinero, no tiene por causa la naturaleza del contrato, sino la naturaleza por completo especial de la accion exclusivamente afecta al mismo.

La única accion, en efecto, que podía resultar de un préstamo de dinero era una *certi condictio*, cuya *intentio* debía expresar necesariamente una suma determinada, reproducida tambien en la *condemnatio*. El *judex* no tenía otra alternativa que rechazar la demanda ó condenar al demandado al pago de la suma expresada. Si hubiera añadido los intereses prometidos, la suma total hubiera sido tomada de sus propios bienes (*k*).

Hé aquí por qué encontramos en tantos textos (*l*) la regla de que los intereses de un préstamo de dinero no pueden ser nunca reclamados sino en virtud de una estipulacion.

Si, pues, esta regla se refiere únicamente á la fórmula de la accion y no á la naturaleza del contrato, el derecho justinianeo, donde no existe ningun vestigio del procedimiento por fórmulas, no ha podido sin inconsecuencia conservar la mencionada regla y hubiera debido abolirla (*m*).

(*k*) Gayo, IV, § 52: «alioquim litem suam facit».

(*l*) L. 24, pr., de præscr. verb. (XIX, 5); L. 10, § 4, mand. (XVII, 1); L. 11, § 1, de reb. cred. (XII, 1); L. 3, 7, C. de usur. (IV, 32); Paul. II, 14, § 1. En el precedente caso, en que se había añadido el pacto á la estipulacion, se corregía el vicio de forma por una interpretacion equitativa, suponiendo colocada la fórmula de la estipulacion al fin del acto. En el préstamo no se podía recurrir á este expediente, pues respecto á los intereses no hubiera tenido sentido la ficcion de un préstamo y sin esta ficcion la accion nacida del pacto careceria de base. No debe creerse, sin embargo, que semejante pacto no produjese en absoluto efecto alguno; si bien no daba lugar á una accion engendraba ciertamente una *naturalis obligatio*. L. 5, § 2, de sol. (XLVI, 3); L. 3, 4, 22, C. de usur. (IV, 32). Esto no era dudoso ni áun para los jurisconsultos partidarios de opinion más rigurosa (nota *h*).

(*m*) Respecto al *nauticum fœnus*, no se indica su accion en la L. 5, § 1, L. 7, de naut. fœn. (XXII, 1). Acaso se recurrió siempre á una estipulacion, acaso tambien se intentó, prescindiendo de la estipulacion, una accion correspondiente á los contratos innominados. En esta materia la forma del préstamo no era más que una apariencia exterior; en realidad se daba una suma con peligro de pérdida y la otra parte prometía una

La verdad de esta explicacion resalta con evidencia de las disposiciones nada equívocas del derecho romano sobre el préstamo de granos ú otras *quantitates*, con promesa de intereses; contraido por un simple pacto, por más que este préstamo sea tan riguroso como el de dinero y de una naturaleza enteramente idéntica. Los siguientes textos son decisivos.

1) «Frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto præstanda est» (*n*).

Aquí se reconoce expresamente que para los granos prestados, los intereses convenidos por un simple pacto dan lugar á una accion; sólo que esta no se nombra.

2) «Oleo quidem vet quibuscumque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio, additamentum usurarum ejusdem materiæ suasit admitti (*o*).»

Este texto ha dado en todo tiempo materia para grandes dudas y errores. Desde luego, no dice cual sea la naturaleza de los intereses de que se ocupa. Podria creerse que se refiere á los intereses moratorios ó judiciales; pero esta suposicion es del todo inadmisible, pues se verá más adelante que esta especie de intereses solo existe para el préstamo de dinero. Tampoco se refiere á intereses estipulados, pues entónces no hubieran existido nunca las dudas que expresa el texto sobre la legitimidad de la accion. Resta, pues, únicamente, el caso en que los intereses se prometen por un simple pacto, es decir, el caso precisamente de que trata el primer texto; aquí sólo encontramos la importante adicion de que no se determina la validez de la accion respectiva á los intereses por el rigor de la regla, lo cual es una innovacion fundada en motivos de equidad (*suasit admitti*). Las palabras *incerti pretii ratio* exigen tambien una explicacion particular. Dichas palabras expresan el contraste entre el préstamo de dinero y el de otras *quantitates*. En cuanto al préstamo de dinero la *certi condictio* impedía que los intereses fuesen comprendidos en la sentencia; respecto al préstamo de otras *quantitates*, la *incerti condemnatio* por su ex-

---

suma superior en el caso en que la pérdida no tuviera lugar, era, pues. un acto con la forma *do ut des*.

(*n*) L. 12, C. de usur. (IV, 32).

(*o*) L. 23, C., de usur. (IV, 32).

presion indeterminada, *quanti ea res est*, dejaba al juez en la forma, la facultad de comprender los intereses en la sentencia y, en el fondo, no existía duda alguna sobre la prestacion de dichos intereses con arreglo á los principios más arriba expuestos (*p*).

§ CCLXIX. *Efectos de la litiscontestatio.* II. *Extension de la condena.* a) *Ampliaciones: Intereses judiciales.* (Continuacion).

Hemos visto que podía resultar de dos causas un crédito de intereses (§ 263). He tratado de la primera (el contrato) y paso á examinar la segunda.

II. Regla general de derecho considerada como causa de un crédito de intereses.

Se funda esta regla de derecho en la consideracion siguiente sacada de la experiencia. El uso de colocar el dinero á interés es tan general en un estado de civilizacion adelantada que se puede admitir como un hecho constante la facilidad de hacerlo con cualquier suma, grande ó pequeña, por el tiempo que cada cual juzga conveniente. Esta facilidad es evidente, como se comprueba con sólo fijarse en el establecimiento de los bancos públicos, de las cajas de ahorros y de las cuentas corrientes abiertas por los banqueros, donde toda suma devenga interés desde el momento en que es entregada ó recibida. Debe tenerse en cuenta que no es el préstamo la única forma bajo la cual produce interés el dinero. Tampoco debe creerse que esta presuncion, conveniente en los tiempos modernos, donde la circulacion del dinero es tan activa, fuera inaplicable á la antigua Roma, pues se le encuentra formalmente establecida por los jurisconsultos romanos, como más adelante demos-

(*p*) Debo, pues, rechazar las interpretaciones siguientes, nuevamente propuestas sobre nuestro texto. *La incerti prætii ratio* representaba, segun algunos, las variaciones del precio del trigo; pero no se vé la razon de que no se pagaran intereses si los precios eran invariables. Otros se atienen exclusivamente á las palabras: *ejusdem materiæ*, de modo que nuestro texto tendría por objeto prohibir la promesa de intereses en otras materias. Pero semejantes palabras significan que la idea y la denominacion de intereses no son apropiadas á la antedicha promesa; no contienen prohibicion alguna. Segun la explicacion que doy aquí de nuestro texto, debe rectificarse lo que he dicho en el t. IV, p. 299;

traré. La institucion de los *argentarii* ofrece principalmente grandes facilidades para el pago del dinero *(a)*.

Hé aquí, ahora, cual es la influencia de las consideraciones que acabo de presentar, sobre las relaciones de derecho.

Cuando un propietario se encuentra privado, durante determinado tiempo, del uso de su cosa por un detentador injusto, contra el cual tiene un título jurídico para hacerse indemnizar, trátase en cada caso de determinar el perjuicio causado por esta injusticia, punto sobre el cual no existe regla general que establecer.

Pero aquél á quien se debe una reparacion semejante encuentra una gran facilidad cuando la cosa de cuyo uso se le ha privado injustamente es una suma de dinero. Está entónces dispensado de probar el perjuicio sufrido, puesto que puede reclamar de su adversario los intereses usuales en el país.

Sin duda que en ciertos casos puede tener derecho á una indemnizacion mayor; pero entónces necesita una disposicion particular de la ley ó justificar su peticion por una prueba especial. Por el contrario, para obtener los intereses usuales del país no se exige ninguna prueba, pues se reemplaza por una presuncion general fundada en la experiencia.

Esta regla es muy importante en la práctica y los intereses moratorios son una aplicacion notable de ella: el acreedor de una suma de dinero, sin tener que probar el perjuicio que le causa la *mora*, puede reclamar los intereses acostumbrados en el país *(b)*. Pero incurren en error varios autores cuando hacen de estos intereses una clase particular, y establecen bajo otros nombres otras clases rigurosamente distintas *(c)*. El caso de los inteseses moratorios es

---

(a) Un testimonio notable sobre la generalidad de este uso en la antigüedad encuéntrase en un lugar donde no podía esperarse, en la parábola del mal servidor. San Mateo, 27, 25 y San Lúcas 19, 23.

(b) L. 32, § 2, de usuris (XXII. 1).

(c) Así, por ejemplo, se han distinguido los siguientes casos de intereses: usuræ ex mora, legales, punitoriæ (Schilling Institutionem, III, 103). Esto no impide que respecto á varias relaciones de derecho, disposiciones positivas particulares fijen un interés superior á la tasa ordinaria, por ejemplo, en los casos en que el administrador de los bienes de otro se sirve de estos para su propio uso. L. 38, de neg. gest. (III, 5); ta-

sin duda el más frecuente en la práctica; pero independientemente de la *mora* se aplica el mismo principio á varias otras relaciones de derecho. Así, principalmente, el que administra los negocios de otro tiene por sus adelantos derecho á los intereses usados en el país, aunque no fuere imputable ninguna *mora* á su adversario (*d*).

Varios autores consideran los intereses moratorios como un privilegio de los contratos y de las acciones conocidas con el nombre especial de *bonæ fidei*; este es tambien un error. Semejantes intereses descansan sobre una regla general que abraza á todas las obligaciones; y si no se aplica á las *condictiones* (acciones rigurosas), se debe únicamente á la naturaleza especial de estas acciones. Así, sin duda alguna, se extendía tambien la regla de los intereses moratorios á las acciones libres que no llevaban el nombre de *bonæ fidei actiones*, particularmente á las acciones pretorianas y á las *extraordinariæ actiones* (*e*).

No debe olvidarse que el principio aquí desenvuelto y sus consecuencias importantes no se aplican á las *quantitates* en general, sino únicamente á las deudas de dinero. Esto determina una distincion importante entre los intereses convencionales y los intereses establecidos por una regla general de derecho; los primeros pueden existir para toda clase de *quantitates*, los segundos solamente para las deudas de dinero (*f*).

---

les son tambien las *usuræ rei judicatæ* segun las nuevas prescripciones de Justiniano. Solo que en estos diversos casos no tienen los intereses debidos una base especificamente diferente, miéntras que los intereses resultantes de un contrato difieren esencialmente de los que se fundan en una regla general de derecho.

(*d*) Por ejemplo, respecto al mandato, la *negotiorum gestio*, la sociedad y la tutela; L. 12, § 9, mand. (XVII, 1); L. 19, § 4, de neg. gest. (III, 5). Cuando en estos diferentes casos, el administrador prueba que ha tenido necesidad de pedir prestado á muy subido interés, puede hacerse indemnizar. Pero esto se encuentra fuera de la presuncion general que nos ocupa.

(*e*) Así, la pollicitatio, que no es ciertamente *bonæ fidei contractus*, entraña intereses moratorios (L, 12). De igual manera, la L. 38, § 8, 16, de usur. (XXII, 1) equipara en cuanto á la *causa*, las *bonæ fidei actiones* y las acciones pretorianas. Por último, encontramos intereses moratorios en materia de fideicomisos que no se refieren seguramente á una *bonæ fidei actio*.

(*f*) Esta es una prueba de que la L. 23, C. de usur. (Véase § 268, nota *o*), no se aplica á los intereses moratorios.

Hé aquí el motivo de esta distincion. La colocacion del dinero á interés es siempre posible, miéntras que se necesitan circunstancias raras y accidentales para colocar á interés granos ú otras *quantitates*. Sin duda, el propietarío injustamente privado del uso de sus granos tiene derecho á una reparacion; pero está obligado á probar el perjuício y no puede sustituir á esta prueba la presuncion de una colocacion á interés, como podría hacerlo si se tratara de una suma de dinero. Esta presuncion, en efecto, muy fundada respecto al último, no lo es en manera alguna respecto á los granos y demás *quantitates (g)*.

§ CCLXX.—*Efectos de la litiscontestatio.*—II.—*Extension de la condena (a.)*—*Ampliaciones.*—*Intereses judiciales.* (Continuacion.)

La teoría de los intereses, que acabo de exponer (§ 268, 269), estaba únicamente destinada á servir de base á nuestra indagacion sobre los intereses judiciales; este resúmen general era indispensable para el conocimiento completo de nuestro asunto.

El demandado condenado debe restituir los frutos de la cosa litigiosa, de los que ha estado privado el demandante durante el proceso (§ 265). Ahora bien, cuando la cosa litigiosa es una suma de dinero, trátase de saber, y esto tiene una gran importancia en la práctica, si los intereses de esta suma deben ser restituidos como frutos y si, en general, puede reclamar el demandante intereses judiciales. Esta cuestion ha sido objeto de numerosas discusiones y aun al presente es bastante controvertida.

Antes de discutirla voy, en la hipótesis de la legitimidad de estos intereses, á estudiar su relacion con los intereses moratorios. Cuando estos son anteriores al litigio continúan corriendo durante todo el proceso y, por consiguiente, no puede haber lugar á los intereses judiciales, puesto que éstos se encuentran absorbidos por los intereses morato-

(g) No podria decirse que no se reclaman intereses por el no uso del trigo, sino intereses en dinero por el precio de la venta del trigo. Pero este punto de vista nada tendría de especial para las quantitates; sería aplicable á todas las demás cosas. No debe ser por otra parte, absolutamente rechazado, como demostraré más adelante.

rios. Así, en general, la cuestion de los intereses judiciales sólo puede presentarse en dos casos: cuando no existe *mora* como condicion de los intereses moratorios, ó cuando no se deben estos intereses á pesar de la existencia de la *mora*.

Las acciones rigurosas del derecho romano nos suministran un ejemplo evidente de este último caso. A pesar de la existencia de la *mora*, el demandante no podía reclamar intereses moratorios (§ 269); prestábase, pues, á la aplicacion d los intereses judiciales. El primer caso, la ausencia de la *mora*, puede presentarse en diferentes circunstancias: el crédito puede ser dudoso en sí ó de un importe indeterminado (no líquido) (*a*); puede suceder tambien que el deudor no haya sido requerido ó que la fecha del requerimiento no sea cierta; algunas veces el intervalo entre el requerimiento y el principio del pleito es tan corto, que el demandante no se toma el trabajo de probar dicho requerimiento para motivar los intereses moratorios. Estas diversas circunstancias bastan para motivar los intereses judiciales, causa por la cual los vemos mencionados con más frecuencia que los intereses moratorios.

La cuestion principal consiste en saber si, en general, son admisibles los intereses judiciales. No me atrevo á resolver afirmativamente esta cuestion, ni aún respecto al antíguo derecho romano, sin distinguir entre las acciones rigurosas y las acciones libres. Ante todo, voy á sentar el principio y haré de él en seguida la aplicacion conveniente á las más importantes acciones.

I Principio de los intereses judiciales.

Aparece este principio de una manera general en el texto más arriba citado, el cual atribuye expresamente á los intereses la naturaleza jurídica de los frutos (*b*). Voy á trascribir este texto y á dar su explicacion:

Usuræ vicem fructuum obtinent; et merito non debent a fructibus separari. Et ita in legatis et fideicommissis, et in

---

(*a*) L. 24, pr. L. 21, 47, 3, pr., de usur. (XXII, 1); L. 42, 63, de R. J. (L. 17).

(*b*) L. 24, de usur. (XXII, 1), tomado de Ulpiano, lib. XV, ad Ed. V. § 265, *b*. He resuelto ya en el § 265, *a*, *b*, la aparente contradiccion que podría encontrarse en la L. 121 de V. S. (L. 16).

tutelæ actione, et in ceteris judiciis bonæ fidei servatur. Hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.»

La prueba de que este texto importante es relativo á nuestra cuestion, es decir, á las obligaciones del demandado en un proceso, resulta de su inscripcion, la cual se refiere á un texto muy explícito de Ulpiano, donde los frutos y los intereses son de cargo del demandado que sucumbe en una instancia de peticion de herencia (*c*). Al ver en la segunda proposicion de nuestro texto mencionar las *bonæ fidei actiones*, podría creerse, por argumento *a contrario*, que existe la regla inversa para las acciones rigurosas. Pero esta suposicion carece de todo fundamento y el jurisconsulto parece más bien tener en cuenta los intereses moratorios distintos de los intereses judiciales, que se aplican únicamente á las *bonæ fidei actiones*. Por otra parte podría pretenderse referir á las *stricti juris actiones* estas palabras del final: *ceteræ* obventiones; en cuyo caso nuestro texto extablecería directamente el principio de los intereses judiciales. Mas esta interpretacion debe ser rechazada igualmente; *obventio* designa el producto de una cosa, de modo que las *ceteræ* obventiones» son las demas clases de productos, comprendidos, como los intereses, bajo la denominacion general de *fructus*.

Ahora, si con arreglo á este testimonio son los intereses una especie de frutos, y si, segun los textos ántes citados, debe el demandado restituir, á partir de la *litiscontestatio*, todos los frutos sin distinguir entre las acciones libres y las rigurosas (*d*), resulta evidentemente de esta combinacion que, á partir de la *litiscontestatio*, debe el demandado los intereses, cualquiera que sea la naturaleza de la accion. Se vé, por tanto, que hay realmente intereses judiciales distintos de los intereses moratorios, pues la *litiscontestatio* no constituye la *mora* (§ 264), pero son de la misma especie que los intereses moratorios y están fundados en la misma base, es decir, en la regla general de que el propietario de una suma de dinero, privado injustamente de su uso, tiene derecho, como indemnizacion, á los intereses usuales del país.

(*c*) L. 20, de her. pet. (V, 3). He de hacer uso de este texto más adelante, tratando de la aplicacion á las diversas acciones.
(*d*) Véase § 266, notas *o*-*s*.

Hé aquí, además, un texto frecuentemente citado como prueba del reconocimiento de nuestro principio:

«Lite contestata usurœ *currunt* (*e*).»

Sin embargo, siendo este texto susceptible de dos interpretaciones igualmente plausibles, no puede ser alegado como prueba. En efecto, el *currunt* puede significar: currere *incipiunt* (*f*), y entónces este texto reproduce efectivamente nuestro principio. Pero el *currunt* puede tambien significar: currere pergunt (*g*), es decir, la *litiscontestatio* no interrumpe los intereses; el texto entónces nada tendría de comun con nuestro principio, y expresaría otra proposicion, de suyo incontestable; que cuando es reclamado en justicia un capital, la *litiscontestatio* no ocasiona la consumacion del crédito de los intereses. Estas dos interpretaciones son igualmente admisibles; pero la segunda es la más verosimil á causa de un texto paralelo cuya inscripcion se refiere al nuestro:

«Novatione legitime facta liberantur hypothecæ et pignus, *usurœ non currunt* (*h*).»

Comparando estos textos se obtiene el sentido siguiente. La novacion verdadera, es decir, la estipulacion independiente de un litigio detiene, entre otras cosas, el curso de los intereses. La *litiscontestatio*, aunque en varios casos aparece como una novacion, no detiene el curso de los intereses (*i*).

Si apesar de estas consideraciones generales pudiera ser puesta en duda todavía la verdad del principio; todas las dudas quedarían disipadas por las aplicaciones que voy á exponer, donde el principio mismo se encuentra claramente reconocido; semejantes aplicaciones ó acciones diversas

---

(*e*) L. 35, de usurp. (XXII, 1).

(*f*) Respecto á esta significacion, son textos paralelos la L. 40 de reb. cred. (XXII, 1); L. 7, § 7, de administ. (XXVI, 7). Ambas significaciones se encuentran perfectamente formuladas en Huber, Prælect. in Pand. XXII, 1, § 17.

(*g*) Texto paralelo respecto á esta significacion: el *non currunt* en la L. 18, de nov. (XLVI, 2).

(*h*) L. 18, de nov. (XLVI, 2). Ambos textos están tomados de Paulo, lib, LVII, ad Ed.

(*i*) Se encuentra esta interpretacion en Madai, Mora, p. 369-371, Wächter, III, p. 34, pero aparece de una manera demasiado exclusiva, pues no debe ser absolutamente rechazada la primera.

probarán la verdad del principio, por más que no se encuentre expresado como regla general en ningun texto.

Pero ántes de hacer esta exposicion, voy á entrar en algunos detalles, con el fin de precisar el principio y mostrar sus consecuencias.

1) Para que los intereses judiciales puedan ser exigidos es necesario que el litigio verse sobre una suma de dinero, y no sobre otras *quantitates*, como granos, por ejemplo. Todos los motivos anteriormente desenvueltos, tratando de los intereses moratorios (§ 269), se aplican igualmente á los intereses judiciales *(k)*.

Sin embargo, pudiera invocarse un argumento para extender los intereses judiciales, no sólo á las otras *quantitates*, sino á todas las cosas en general.

Con este propósito podría decirse con cierta apariencia de razon: si el demandado hubiera recobrado la cosa litigiosa en el momento de la *litiscontestatio*, hubiese podido venderla y colocar su precio á interés; y puesto que se encuentra privado de este beneficio deben concedérsele intereses como indemnizacion. Trátase aquí de apreciar la posicion y las obligaciones del demandado. El pago de estos intereses solo podría imponérsele como una aplicacion del principio relativo á los frutos descuidados (§ 265-266), es decir, imputándole como culpa el no haber vendido la cosa litigiosa. Pero esto no es admisible; pues aunque la accion es rigurosa, puede el demandado librarse de toda obligacion relativa á la cosa litigiosa, por medio de una restitucion material (§ 261). En la decision siguiente, sobre un caso particular, encontramos la aplicacion de los verdaderos principios en la materia. Cuando se han legado vasos de oro ó de plata por fideicomiso y el heredero tarda en entregarlos (*si mora intervenerti*), no debe intereses más que en el caso en que el testador hubiera destinado los vasos á ser vendidos, es decir, si el fidei comiso se reduce á una suma de dinero que debe ser realizada por la venta de los vasos (*l*).

(*k*) Esto prueba tambien que la L. 23, C. de usur. (§ 268, *o*), no se aplica en modo alguno á los intereses judiciales, ni tampoco á los intereses moratorios (§ 269, *f*).

(*l*) L. 3, § 4, de usur. (XXII, 1). La L. 51, § 1, de her. pet. (V, 3), que podía dar lugar á dudas, supone evidentemente que el heredero ha ven-

2) Créese generalmente que las acciones libres admiten los intereses judiciales, pero no las acciones rigurosas; opinion que parece justificada por la inequívoca prescripcion referente á la *condictio indebiti* que permite reclamar sumas indebidamente pagadas, pero no los intereses de estas sumas (*m*). Esta prohibicion absoluta implica tres proposiciones, á saber: no se pueden reclamar intereses, á partir del pago hecho por error, ni á partir de la *mora*, ni á partir de la *litiscontestatio*; esta última corresponde á nuestro asunto. Parece ahora muy natural buscar en la naturaleza de la accion el motivo de la prohibicion indicada y ver en ella una aplicacion de la regla general segun la que no admiten las *condictiones* reclamaciones de intereses. Esta suposicion, sin embargo, carece de fundamento; la prohibicion se explica mejor de la manera siguiente.

Para reclamar una suma de dinero como consecuencia de un préstamo, de una estipulacion ó de un pago no debido, había necesidad de emplear la *certi condictio*. La naturaleza especial de esta accion exigía que se expresase en la *intentio* y reprodujese en la *condemnatio* una suma determinada; esta instruccion, que el juez no podía eludir, le impedía comprender en la sentencia una suma mayor, excluyendo de este modo toda imputacion de intereses.

Cuando, por el contrario, la estipulacion relativa al dinero no expresaba la suma, sino que la hacía depender de una circunstancia exterior (*n*), esta estipulacion daba lugar ciertamente á una accion rigurosa, á una *condictio*; mas esta solo podía entrañar una *incertæ pecuniæ condemnatio* (*o*) y, por consiguiente, nada impedía al *judex* aplicar la regla más arriba expuesta sobre los intereses judiciales.

Así, pues, entre los romanos, no era, por sí misma, la naturaleza de las acciones rigurosas la que excluía los intereses judiciales, sino únicamente la naturaleza especial

---

dido los frutos ántes de la *litiscontestatio*, y los ha convertido en dinero de que aparece deudor en la actualidad. V. § 271, *c*.

(*m*) L. 1, C. de cond. indeb. (IV, 4): «...Usuras autem ejus summæ præstari tibi frustra desiderat: actionem enim condictionis ea sola quantitas reperitur quœ indebita soluta est.

(*n*) Por ejemplo: quanti fundus Cornelianus est, dare spondes?

(*o*) Gayo, IV, § 49, 51. La fórmula expresaba entónces: *quanti res est*, ó quidquid dari fleri oportet.

de la *certi condictio*; debemos, pues, reconocer que los intereses judiciales se aplicaban tambien á las acciones rigurosas, salvo el caso de la *condictio certi* (*p*). Pero Justiniano se ha mostrado inconsecuente manteniendo el rigor del antiguo principio sobre la *condictio in debiti*, puesto que en su tiempo no existía vestigio alguno del procedimiento formulario.

3) Por último, entre los que admiten en tesis general los intereses judiciales, se ha suscitado la cuestion de saber si estos intereses se aplican solamente á las cantidades líquidas ó tambien á las que no lo son (*q*). Si este principio debe tener algun valor práctico, ha de rechazarse toda distincion entre las sumas liquidas ó ilíquidas, pues el pago de los intereses descansa en la presuncion de que el dinero no se deja nunca parado, sin producir, y que siempre es fácil encontrar su colocacion. Si esta distincion se admitiera sería facil al demandado, independientemente del debate principal, suscitar dudas sobre el importe de la demanda, eludiendo así de hecho el principio de los intereses judiciales.

§ CCLXXI.—*Efectos de la litiscontestatio.*—II. *Extincion de la condena. a). Aplicaciones. Intereses judiciales.* (Continuacion).

II. Aplicacion de los intereses judiciales á las acciones más importantes.

Los testimonios del derecho romano sobre esta materia son mucho más raros de lo que pudiera creerse atendiendo á su importancia práctica. Pero, en compensacion, estos

---

(*p*) Sobre esta cuestion han estado siempre divididas las opiniones. Los intereses judiciales se niegan en todas las *stricti juris actiones* por Noodt, De fænore et us. III, 12, Winkler, p. 345, Madai, Mora, p. 369, Lieb:, Stipulation, p. 52; y se admiten, por el contrario, por los glosadores Martino y Jacobo (Hænel, Diss. dominorum, § 56, p. 42), y por Huber, Prælect., in Pand. XXII, 1, § 17, Keller. § 21, notas 2 y 10. Yo mismo que he sostenido la primera opinion (t. IV, p, 95, 93 y 299) la abandono hoy.

(*q*) Cannegiesser, Decis. Cassel., T. I, dez, 53, número 6, se declara por la opinion restrictiva, pues considera no devengarse intereses hasta el momento en que la deuda es perfectamente líquida. Esta doctrina parece ser una consecuencia de la idea errónea de una pena que no podría extinguir el demandado en tanto que hubiera incertidumbre. Hommel Rhaps., Obs. 234, sostiene la opinion contraria.

testimonios son decisivos; y como se explica perfectamente su ausencia respecto á varias acciones, no puede su rareza suscitar ninguna duda sobre la verdad del principio.

1) Cuando se trata de una accion en reivindicacion de monedas determinadas, es evidente que no encuentra aplicacion nuestro principio. Supondría este, en efecto, que el demandado debe enajenar las piezas reivindicadas y colocarlas á interés; pero toda enajenacion ó consumo de la cosa reivindicada le está absolutamente prohibida (§ 264, *p*, *q*, *r*). Así, pues, lo que distingue á esta accion de la accion personal, en reclamacion de un crédito, es que por esta última se pide al demandante su propio dinero, que nadie le prohibe enajenar ni colocar á interés (*a*).

2) Otra cosa sucede con la peticion de herencia, donde precisamente encontramos los más completos testimonios sobre la aplicacion de nuestro principio. Esta accion es *in rem*, de igual manera que la resultante de la propiedad; pero en lugar de referirse como esta á una cosa particular y determinada, se refiere á un conjunto de bienes y, por tanto, abraza necesariamente varios objetos que, considerados en sí mismos, tienen el carácter de obligaciones. Hé aquí, con motivo de esta accion, las disposiciones diversas que encontramos sobre los intereses judiciales.

a) Desde el momento de la *titiscontestatio* el poseedor paga los intereses del precio de los bienes hereditarios enajenados por él antes de dicho acto; este precio viene á ser, por tanto, parte integrante de la sucesion (*b*). Entre estos

---

(*a*) Este carácter propio de la reivindicacion respecto á los intereses judiciales ha sido señalado por Bukka, Einflusz des Prozesses, p. 265. Parece que podría decirse otro tanto de la *actio depositi* (personal), pues se reclama tambien por ella monedas determinadas cuya enajenacion está igualmente prohibida. Pero en dicha accion los intereses judiciales son absorbidos, por punto general, por la mora, que existe con frecuencia ántes del litigio, ó lo más tarde, desde la insinuacion de la demanda, de modo que en ámbos casos es anterior á la *litiscontestatio* (Véase nota *h*).

(*b*) L. 4, § 1, C., de her. pet. (III, 31): «usuras pretii rerum ante L. C. venditarum, *ex die contestationis* computandas, omnimodo reddere compellantur.» Lo cual se encuentra confirmado por la L. 20, § 11, de her. pet. (V, 3), con la diferencia de que se sustituye la *denuntiatio* á la *litiscontestatio*, como ántes he observado. La disposicion de la L. 20, § 6, eod., de que no se deben intereses, debe entenderse respecto á los intereses percibidos *antes* del litigio por el poseedor de buena fé.

bienes vendidos de la sucesion deben figurar los frutos naturales recolectados y enajenados despues (*c*), como tambien, sin duda alguna, los alquileres y rentas percibidos.

Estos intereses son, evidentemente, puros intereses judiciales; y en efecto, vemos que se les aplica el principio de los frutos descuidados. Asi, cuando el demandado olvida recobrar el precio de la venta no por eso deja de deber los intereses (*d*). Si el poseedor es de mala fe, puede el demandante reclamar, de igual modo, el precio de la venta y los intereses, ó bien el valor real de la cosa, comprendiendo en él el valor de los frutos (*e*); lo cual significa que puede aceptar ó no la venta y sus consecuencias, segun la ventaja que en ello encuentre.

b) Las sumas cuyos intereses, segun hemos visto, deben ser pagados por el demandado, han sido realizadas por este y traídas á la masa de la sucesion; luego debe tambien los intereses del dinero efectivo que ha encontrado entre los bienes del difunto. La analogía parece reclamar aquí la aplicacion de la misma regla. En efecto, el demandado administra bienes que pueden pertenecer á otro y debe administrarlos como un buen padre de familias; pero un buen padre de familias no deja los capitales ociosos. Si, por ejemplo, había recibido el difunto, poco ántes de su muerte, un capital que no había tenido tiempo de colocar á interés, sería censurable el poseedor por haber dejado sin empleo este capital durante todo el tiempo del litigio.

Hé aquí, sin embargo, un texto en que Papiniano, citado por Ulpiano, parece decidir que el poseedor de la sucesion no debe nunca intereses del dinero efectivo encontrado entre los bienes del difunto:

«Papinianus autem libro tertio quæstionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, *negat eum omnino in usuras conveniendum* (*f*).»

Por fortuna, tenemos otro texto tomado de la misma

(*c*) L. 51, § 1, de her. pet. (V, 3), donde es preciso sobreentender solamente que los frutos percibidos ántes de la *litiscontestatio* han sido *vendidos*. V. 270, *l*.

(*d*) L. 20, § 15, de her. pet. (V, 3).

(*e*) L. 20, § 12, 16; L. 36, § 3, de her. pet. (V, 3).

(*f*) L. 20, § 14, de her. pet. (V, 3).

obra de Papiniano, citado aquí por Ulpiano, que no solamente proteje nuestro principio contra esta aparente contradiccion, sino que lo completa y lo precisa:

«De pecunia *deposita*, quam heres non attingit, usuras præstare non cogitur *(g)*.»

Estos dos textos hablan de una pecunia *quam non attingit*; sólo que éste que no toca al dinero aparece como *possessor hereditatis* en el primer texto, como *heres* en el segundo, expresion la última que, comparada con pecunia *deposita*, parece indicar que el último texto se refiere á una *actio depositi*, dirigida contra el verdadero heredero del depositario. Creo, no obstante, que debe ser desechada completamente esta interpretacion. El texto entero de donde se ha sacado este pequeño fragmento habla del demandado en una reivindicacion; ahora bien, este puede ser asimilado al demandado en una peticion de herencia, pero no al demandado en una *actio depositi*. La explicacion siguiente me parece, pues, más exacta (*h*). *Heres* es aquí sinónimo de *possessor hereditatis* y de este modo se refieren ambos textos á un solo é idéntico caso. La pecunia *deposita* es una suma de dinero que no destinaba el difunto al sostenimiento de su casa ó á determinado negocio, sino que tenía de reserva para una necesidad imprevista, casos significados en otras partes con los casi semejantes términos de pecunia presidii causa *reposita* (ó bien *seposita*) (*i*). El poseedor de la su-

---

(*g*) L. 62, pr., de rei vind. (VI, 1), tomada de Papiniano lib. VI, Quæstionum.

(*h*) No niego que este texto sea susceptible todavía de otra interpretacion. Así, *podría* aplicarse al heredero de un depositario contra el cual se ejercitara la *actio depositi*. Pero entónces deben admitirse necesariamente las dos siguientes suposiciones: 1.° el difunto no estaba ya constituido en *mora*, pues dicha *mora* (con la obligacion de pagar los intereses) pasaría á su heredero, sin que este pudiese excepcionar el no uso del dinero (L. 87, § 1, in f. de leg. 2); 2.° el heredero mismo no está constituido en *mora* por la misma razon. En efecto, puede concebirse que el heredero ignore el depósito, lo cual impide la *mora* (L. 42, de R. J.), y que declare su intencion de dejar el dinero intacto por delicadeza, caso que sería semejante al del dinero reivindicado (nota *a*). Pero la misma necesidad de admitir todas estas suposiciones para que no se encuentre el texto en contradiccion con otras reglas ciertas, hace muy sospechosa esta interpretacion y debe llevarnos á preferir la primera, confirmada, además, por la *semejanza literal* de ambos textos.

(*i*) L. 79, § 1, de leg. 3 (XXXII): «His verbis: *quæ ibi mobilia mea erunt do lego*, nummos ibi *repositos ut mutui darentur*, non esse legatos. Proculus ait: at eos quos *præsidii causa repositos* habet, ut qui-

cesion que conserva este dinero nó debe los intereses, pues hace de él el mismo uso que el difunto. Si se compara la decision de Papiniano citada por Ulpiano con este caso excepcional, cuya correspondencia está claramente indicada por la semejanza de las palabras *non attingit*, nada tiene de contraria esta decision á nuestro principio; no podría decirse, en efecto, que semejante prevision excede los límites de una administracion acertada; el motivo de la exencion de intereses consiste únicamente en la diferencia que existe entre una suma de este modo reservada y un capital ordinario.

3) Cuando se trata de un legado ó de un fideicomiso en dinero efectivo se deben los intereses, como cualquiera otra clase de frutos, desde el momento de la *litiscontestatio* (*k*); aquí encontramos un reconocimiento positivo del principio de los intereses judiciales. Pero es preciso suponer que no resulte ya la *mora* de alguna circunstancia particular, pues entónces los intereses judiciales estarían absorbidos por los intereses moratorios.

En efecto, está fuera de duda que respecto á los legados y fideicomisos la *mora* en sí y ántes de todo litigio motiva la reclamacion de los intereses moratorios, como cualquiera otra clase de frutos. Este principio, admitido primero únicamente para el fideicomiso, se extendió más tarde al *legatum sinendi modo*, y, por último, al *damnationis* y al *vindicationis legatum* (*l*).

---

dam bellis civilibus factitassent, eos legatos contineri: Et audisse se rusticos senes ita dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse: peculium appellantes quod præsidii causa seponeretur.» Esta explicacion ha sido dada ya por Glück, t. VIII. p. 297, 298. Puede añadirse en su apoyo la consideracion siguiente. El dinero de que habla Papiniano en dos lugares diferentes: *pecunia* inventa (deposita) in hereditate quam heres (possessor hereditatis) non *attingit*, tiene toda la apariencia de una curiosidad proverbial, semejante á la que encontramos en Gayo, III, § 196: «quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset,» y en el mismo, III, § 202: «et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum.» Todo esto tiene mucha analogía con el hecho singular referido por Proculo del *præsidii causa nummi repositi*.

(*k*) L. 1, 2, C., de usur. et fruct. (VI, 47). Respecto á los frutos solamente (sin mencion de intereses), aparece la *litis cont*. como punto de partida en la L. 51, pr. fam. herc. (X, 2), y en la L. 4, C., de usur. et fruct, (VI, 47).

(*l*) Gayo, II, § 28 (fideicommis. et leg. sinendi modo); L. 51, pr., fam. herc. (X, 2, vind. legatum); L. 91, § 7, de leg. 1 (XXX, damn. legatum);

Ahora bien, no debe creerse, al ver que los textos señalan como punto de partida de esta obligacion unas veces la *mora* y otras veces la *litiscontestatio*, que haya habido controversia sobre este punto ó que el derecho antiguo difiere del derecho nuevo; la *mora* era la regla general y la *litiscontestatio* solo figura subsidiariamente en los casos particulares en que faltan las condiciones de la *mora* (§ 264, *g*). Añado, que si no hay contraste real entre estas dos expresiones, contrastan las mismas con la opinion muy sostenible de que los frutos y los intereses se deben desde el momento d · la muerte. Todos estos textos tienen por objeto rechazar esta última opinion *(m)*.

4) Por último, respecto á las acciones personales no encontramos ninguna mencion de los intereses judiciales, y ya he indicado ántes el motivo de ello. En cuanto á las acciones libres, los intereses judiciales se hallaban con frecuencia absorbidos por una *mora* anterior, de modo que solo se aplicaban en el caso en que no existía dicha *mora*. En lo que toca á las acciones rigurosas, la clase de ellas más importantes, la *certi condictio*, excluía precisamente los intereses judiciales, los cuales, por tanto, quedaban reducidos al círculo más estrecho de las otras condictiones.

Quedaria todavía más de una duda sobre la difícil materia de los intereses judiciales, si no tratara de una cuestion perteneciente al antiguo derecho romano y que se refiere á diferentes textos del derecho justinianeo. Se ha visto anteriormente que la *litiscontestatio* ocasiona en todas las acciones la consumacion del derecho de accion y que en algunas personales opera una novacion de la obligacion principal, novacion, sin embargo, cuyos efectos son mucho más restringidos que los de una novacion ordinaria verificada fuera de juicio (§ 258). Ahora se presenta la cuestion siguiente: ¿cuál es la influencia de la consumacion y de la novacion sobre la reclamacion de los intereses?

L. 3, pr. de usuris (XXII, 1, fideicom.) L. 39, § 1, de leg., 1, (XXX, sin designacion especial); L. 4, C. de us. et fruct. (VI, 47, fideicom. leg. damn. y vind. reunidos. Véase nota *m*).

(m) L. 4, C. de us. et fruct. (VI, 47): «In legatis et fideicommisis fructus post litis contestationem *non ex die mortis* consequuntur, sive in rem sive in personam agatur.»

En este punto debemos distinguir cuidadosamente las diversas clases de intereses arriba enumerados.

A) Existen intereses que no tienen una base jurídica independiente, pues ó se refieren á otras obligaciones, tales como los intereses nacidos de un pacto unido á un *bonæ fidei contractus*, ó bien, en general, no tienen por causa una obligacion propiamente dicha, sino el *officium judicis*, tales como los intereses moratorios y los intereses judiciales.

Aquí no hay dificultad alguna. La introduccion de la accion principal consumía ciertamente la reclamacion de los intereses, de modo que no podían nunca ser materia de una accion nueva.

Los intereses de esta especie no podían dar lugar á una novacion, puesto que, en general, no se derivan de una obligacion anterior ó al ménos de una obligacion independiente.

B) Otros, por el contrario, tienen una base independiente; tales son los intereses resultantes de una estipulacion como accesoria de un préstamo ó de una estipulacion como obligacion principal.

Recordaré, ante todo, la regla desenvuelta anteriormente de que en semejantes casos no pueden comprenderse nunca en una sola accion el capital y los intereses, sino que se necesitan siempre dos acciones diferentes, una *certi* y una *incerti condictio*. Si la obligacion principal era un *bonæ fidei contractus* se necesitaban, de igual modo dos acciones diferentes: una *bonæ fidei actio* y una *incerti condictio*. Así, pues, la accion en virtud de la cual se reclamaba el capital no podía entrañar la consumacion de la accion del todo diferente relativa á los intereses, pues ésta no había sido llevada *in judicium*.

La novacion contenida en la *litiscontestatio* de la accion principal, no podía ciertamente extinguir los intereses vencidos, pues el pago mismo del capital no hubiera tenido este efecto. Otra cuestion muy controvertida es la de saber si la novacion resultante de la accion principal impide la formacion de nuevos intereses, principalmente durante el curso del litigio. La decision afirmativa tiene una cierta apariencia de fundamento, pues la obligacion de los intereses es por su naturaleza una obligacion accesoria, y extinguiéndose el crédito del capital por la novacion parece que los intereses

accesorios de este crédito deben cesar. Existe, sin embargo, una razon decisiva en apoyo de la opinion contraria.

Además de los intereses hay otras obligaciones accesorias, principalmente la prenda y la caucion. La novacion verdadera, esto es, la que resulta de un contrato, hace desaparecer todas estas obligaciones accesorias, de igual manera que las extingue el pago, pero si se quisiera atribuir la misma eficacia á la novacion contenida en la *litiscontestatio* resultaría que la *litiscontestatio* ocasionaba un perjuicio al demandante, cuando estaba precisamente destinada á procurarle un beneficio. Asi es que la *litiscontestatio* deja subsistir las convenciones accesorias de la obligacion.

Este principio se declara expresamente *(n)* respecto á la prenda, y en cuanto á los intereses, de que aquí nos ocupamos exclusivamente, se verá pronto que fué declarado por un rescripto de Severo. Si sucede otra cosa con la caucion, no se debe á la novacion misma, sino á un principio mucho más comprensivo que abraza tambien las acciones en que la novacion no acompaña á la *litiscontestatio*. La accion contra la caucion tenía la misma *intentio* que la accion contra el deudor principal y esta identidad, sino en cuanto á las personas, al ménos en cuanto al objeto, hacía que la accion dirigida contra el deudor principal llevara á un *in judicium* y consumiese al mismo tiempo la accion contra la caucion. Esta regla nos ha sido atestiguada por Ciceron y subsistió hasta Justiniano que la derogó expresamente (*o*). Nada de esto existía respecto á los intereses, así es que su curso no se interrumpía por la *litiscontestatio* de la accion principal.

Ahora bien, la accion por la cual se reclamaban los intereses traía *in judicium* y consumía por completo la estipulacion de los intereses, es decir, tanto respecto á los intereses vencidos, como respecto á los intereses por vencer, pues unos y otros descansaban en una sola é idéntica obligacion,

---

(*n*) L. 11, pr., § 1, de pign. act. (XIII, 7); L. 13, § 4, de pign. (XX, 1). Lo mismo sucede respecto al *privilegium in dotis et tutelæ*, L. 29 de nov. (XLVI, 2), donde se encuentra expresado tambien el motivo general.

(*o*) Ciceron, ad Att., XVI, 15; L. 28, T. de fidejuss. (VIII, 41). Este asunto se encuentra tratado con profundidad y detalles por Keller, § 52, que cita todos los testimonios de las fuentes.

formando un todo como tal obligacion. El juez pronunciaba efectivamente sobre los intereses caidos; no había motivo alguno actual para pronunciar sobre los intereses por vencer y estos quedaban perdidos para siempre, vista la consumacion de la accion. Para prevenir este peligro el demandante debía añadir á su accion la prescripcion siguiente: *cujus rei dies fuit* (*p*).

Estos preliminares eran indispensables para la explicacion de un texto importante que ha dado lugar á numerosos errores:

«Judicio capto, usurarum stipulatio non est perempta; superest igitur, ut debitorem ejus temporis quod non est in judicium deductum convenire possis *(q)*.»

La primera proposicion de este texto, confirma directamente mi afirmacion de que el ejercicio de la accion principal no da lugar á la consumacion ni á la novacion de la estipulacion sobre los intereses, de modo que deja intacta semejante estipulacion. La segunda proposicion añade como consecuencia, que aún despues de haber ejercitado la accion principal, se puede siempre ejercitar una accion distinta respecto á los intereses, salvo, sin embargo, el caso en que la accion referente á los intereses caidos hubiera sido consumada por una demanda anterior. Pero no hay consumacion alguna cuando no se ha interpuesto la demanda de intereses ó cuando en la demanda se ha insertado la prescripcion arriba indicada, para prevenir la consumacion de los intereses no vencidos (*r*).

Réstame sólo examinar las opiniones de los autores mo-

(*p*) Gayo, IV, § 131.

(*q*) L. 1, C. de jud. (III, 1), de Severo y Antonino.

(*r*) Mayer, Litiscontestation, p. 35, 38, pretende, contra los principios aquí expuestos, que la accion referente al capital detiene el curso de los intereses por consecuencia de la novacion contenida en la *litiscontestatio*; pero confunde la consumacion del derecho con la novacion, así como no distingue tampoco dos acciones, una referente al capital, otra á los intereses, y sin motivo alguno, establece una diferencia entre las prendas y los intereses. Trata despues con gran sagacidad de eludir la dificultad que él mismo se crea, distinguiendo las instituciones de diversas épocas. Funda su principal argumento en la L. 90. de V. O. (XLV, 1), la cual, respecto al caso de la *pœnæ stipulatio* (estipulacion que bajo otra forma tiene el mismo fin é idénticos resultados que la estipulacion de intereses), reproduce con razon la decision de la L. 1, C. de jud., respecto á los intereses. Mayer induce de la L. 90, que tiene lugar lo contrario

demos sobre el estado actual del derecho en esta materia.

En estos últimos tiempos han rechazado absolutamente varios autores los intereses judiciales, pues no reconocen ni aún su existencia. Parten, en efecto, del principio de que un litigio no puede dar nunca lugar á otros intereses que á los moratorios. Y como la *litiscontestatio* no constituye *mora* (y yo participo de esta opinion) deducen de aquí que no pueden existir nunca intereses judiciales, es decir, resultantes de la *litiscontestatio*. Añaden que estos intereses son especialmente inaplicables á los contratos *stricti juris*, puesto que en general estos contratos, no admiten intereses moratorios (*s*). La importancia práctica de esta doctrina no consiste únicamente en rechazar la denominacion de intereses judiciales, para no hablar más que de intereses moratorios sino en no admitir ninguna prestacion de intereses, siempre que faltan las condiciones especiales de la *mora*.

Por otra parte, la opinion que aquí sostengo ha encontrado en todo tiempo numerosos partidarios, como son, en primer lugar, todos los autores que admiten en derecho romano la validez de los intereses judiciales para las acciones rigurosas (§ 270, *p*). Reconocen estos de una manera general el principio de los intereses judiciales en derecho comun y de este modo Huber, principalmente, invoca la práctica moderna en apoyo de su opinion. Varios autores, además, han adoptado bajo el punto de vista puramente teórico la doctrina de los intereses judiciales (*t*).

El alto tribunal de apelacion de Lübeck, que nos dá testimonio de la práctica de las cuatro ciudades libres, admite enteramente los intereses judiciales á partir de la insinuacion de la demanda. En el territorio de este tribunal encontramos un caso en que los intereses judiciales son opuestos á los moratorios de una manera que hace resaltar la diferencia. En Hamburgo, segun la opinion de gran número de

---

para los intereses; y de este modo introduce arbitrariamente en este texto un argumento *a contrario*.

(*s*) Göschen, Vorlesungen, t. I, p. 478. Madai, Mora p. 369, 273; Wächter. H. 2, p. 54, 55; H. 3., p. 24.

(*t*) Bayer Prozesz, p. 233, 234, Linde Prozesz, § 200, n. 5. Es verdad que estos autores toman como punto de partida la insinuacion y no la *lit. cont.*; pero esto en nada cambia el fondo de las cosas. Volveré más adelante sobre esta diferencia.

autores, se calculan los intereses moratorios al cinco por ciento y los intereses judiciales al seis, de modo que cuando la *mora* existía ya ántes del litigio, la insinuacion de la demanda eleva los intereses en uno por ciento (*u*).

El tribunal de revision y de casacion de Berlin, que respecto al antiguo ducado de Nassan hace las veces de alto tribunal de apelacion, admite regularmente, conforme á las reglas del procedimiento del derecho comun, los intereses judiciales, desde el momento de la insinuacion (*v*). En los motivos de una decision, de 1832, ha tenido este tribunal ocasion de reconocer formalmente la naturaleza propia de los intereses judiciales, como distinta de los intereses moratorios anteriores.

La facultad de derecho de Berlin sigue igualmente la misma práctica, cuando es llamada á decidir como *Spruch-Collegium* (1) sobre procesos instruidos en los países regidos por el derecho comun *(vv).*

El Código prusiano ha adoptado enteramente los principios del derecho comun, tales como acabo de exponerlos, salvo que no distinguen nominalmente los intereses judiciales de los moratorios, y los considera como un caso particular que se aplica á toda reclamacion de dinero si no corren ya los intereses moratorios. Así, extrajudicialmente, la *mora*, y por consiguiente el derecho á los intereses, resulta

(*u*) Me ha sido comunicada esta noticia por mi amigo Blume.

(*v*) Se fija como punto de partida de los intereses, unas veces la insinuacion, otras veces la fijacion de la demanda, otras veces la demanda misma; pero siempre se tiene en cuenta la insinuacion.

(*w*) La variedad de expresiones, mencionadas en la nota precedente, se encuentran aquí de igual modo, salvo que la palabra insinuacion aparece más á menudo: pero el sentido es en todas partes el mismo.

(1) El *Spruch-Collegium* de Berlin se compone de todos los profesores ordinarios de la facultad de derecho. No tiene jurisdiccion propiamente dicha: solo conoce de los negocios que se le dirigen por un tribunal: pero despues de esta remision está obligado el tribunal á publicar la sentencia que le hubiere sido trasmitida por el *Spruch-Collegium*. Los tribunales podian otras veces elegir indiferentemente cualquiera de las facultades de derecho de Alemania. La introduccion de las legislaciones nuevas ha modificado esta situacion; así en Prusia no pueden los tribunales, desde hace largo tiempo, remitir ningun negocio á un *Spruch-Collegiun*, pero las Universidades prusianas continúan juzgando los negocios que se les remiten por los tribunales de otras partes de Alemania. Un decreto de la dieta germánica de 5 de Noviembre de 1835 prohibe enviar á las facultades de derecho los autos de ningun negocio criminal (nota de M. Guenoux).

del fenecimiento del plazo fijado para el pago, ó sino hay término convenido, del requerimiento de pago *(x)*. Si la *mora* no existe ántes del litigio, resulta al ménos de la insinuacion de la demanda, y los intereses corren á contar desde esta época *(y)*.

§ CCLXXII. *Efectos de la litiscontestatio.—II. Extension de la condena.—b) Disminuciones.*

Las modificaciones de que es susceptible la cosa litigiosa y que pueden hacer atribuir á la *litiscontestatio* una influencia sobre el fondo de la relacion de derecho, son ampliaciones ó disminuciones (§ 264). Estas últimas son las que van á ocuparnos ahora.

Encontramos aquí la afinidad y la accion combinada de tres nociones de derecho muy distintas: la *mora*, la *mala fides* y la *litiscontestatio*. No sólo para los autores modernos ha sido este asunto objeto de numerosas controversias, sino que tambien las mismas fuentes del derecho romano nos ofrecen divergencia de opiniones y más de un testimonio dudoso y equívoco. Trataré de resumir las reglas que resultan de un estudio imparcial de las fuentes y de la comparacion de los diferentes textos.

Pero ántes de exponer estas reglas jurídicas, es necesario decir algunas palabras sobre la naturaleza misma de estas disminuciones y sobre las causas que pueden originarlas.

Ofrécese, en primer lugar, la pérdida total de la cosa que forma el objeto del litigio, como por ejemplo, la muerte de un animal ó de un esclavo, la consumacion de la cosa, ó su trasformacion por consecuencia de un trabajo que destruye su primera forma y su individualidad. Aparece despues, la pérdida parcial de la cosa, como por ejemplo, cuando se incendian ó se destruyen los edificios situados en un terreno litigioso ó cuando es herido ó mutilado un animal.

A la pérdida de la cosa debe asimilarse la pérdida de la posesion en el demandado, puesto que entónces le es igualmente imposible verificar la restitucion.

(x) A. L. R. Th. 1, Tit. 16, § 15, 16, 20, 64, 67, 68, et Tit. 11, § 827, 829.

(y) A. G. O. Th. I, Tit. 7. § 48, *d*.

Estas diversas modificaciones caen bajo el testimonio de los sentidos, pues respectan al estado material de la cosa ó al hecho de la posesion. No podría dudarse que todas ellas corresponden á la indagacion presente. Pero, independientemente de todo cambio en la integridad ó en la posesion de la cosa, hay modificaciones invisibles que consisten en la disminucion de su valor venal; citaré como ejemplo la variacion del precio de las cosas comerciales. Esta inestabilidad del valor venal debe tambien tomarse en consideracion cuando ha perecido la cosa; pues, si se debe una indemnizacion, es necesario saber la época á la cual la estimacion ha de referirse: más adelante trataré esta cuestion, que por cierto es muy distinta de la de saber si, conservando la cosa su integridad, da lugar á una indemnizacion la sola disminucion del valor venal. Pero ambas cuestiones se ligan tan extrechamente entre sí que no pueden ser estudiadas separadamente. Me limitaré, pues, por ahora, á exponer las consecuencias de las modificaciones cuyo carácter es puramente objetivo y exteriormente fácil de conocer.

Comienzo por las reglas que son ménos susceptibles de dudas.

Cuando, cumplida la *litiscontestatio* ocurre la pérdida de la cosa litigiosa ó la disposicion del demandado, á causa del *dolus* ó la *culpa* de este último, debe una indemnizacion sin poder alegar su buena fé y la ausencia de la *mora*. Esta es una de las consecuencias más importantes de la *litiscontestatio*, cuya naturaleza obligatoria impone al demandado el deber de administrar la cosa litigiosa con el mayor cuidado.

Hé aquí importantes aplicaciones de esta regla.

1) Accion resultante de la propiedad.

Cuando la pérdida de la cosa litigiosa se debe á una negligencia ó á una omision *(a)*.

De igual manera, cuando el demandado se deja desposeer por negligencia (*b*).

Nuestra regla recibe una extension importante en el caso

(*a*) L. 36, § 1; L. 33; L. 51, de rei vind. (VI, 1); L. 91, pr., de verb. obl. (XLV, 1).

(*b*) L. 63: L. 36, § 1; L. 21; 17, § 1, de rei vind. (VI, 1); L. 21, § 3, de evict. (XXI, 2).

del poseedor de mala fé. Este debe, además, la indemnizacion por el *dolus* ó la *culpa* anterior á la *litiscontestatio*. Tal es el verdadero sentido del texto siguiente, mal comprendido por lo general *(c)*:

«Si homo sit, qui post conventionem restituitur *(d)*, si quidem a bonæ fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo debere: ceteros, etiam de culpa sua *(e)*: inter quos erit et bonæ fidei possessor post litem contestatam *(f)*.»

El poseedor de buena fé, dice aquí Ulpiano, responde de su *dolus* y de su *culpa* desde la *litiscontestatio*; el poseedor de mala fé responde tambien ántes de la *litiscontestatio*. Sin embargo, el poseedor de buena fé es igualmente responsable de sus actos anteriores á la *litiscontestatio* que tuvieran el carácter de *dolus (g)*. Este rigor desplegado contra el poseedor de mala fé, respecto al tiempo que precede á la *litiscontestatio*, parece referirse al *dolus prœteritus* introducido por el senado-consulto Juventiano de que he hablado anteriormente (§ 266, *c*, *g*), por más que se vaya más allá de los términos de este senado-consulto.

2) Nuestra regla se aplica tambien á las acciones personales y, principalmente, á las *condictiones*, aunque á pri-

---

(c) L. 45, de rei vind. (VI, 1), tomado de Ulpiano, lib. LXVIII, ad Ed.

(d) Aquí, como en otros lugares, *post conventionem* equivale á *post litiscontestationem* (§ 257, *u*). La restitucion mencionada aquí es la que en las acciones arbirtrarias se hacía al requerimiento del *judex*. Esta restitucion no es bastante, sino cuando se dá al demandante caucion de obtener de este modo el resultado que alcanzaría por la sentencia; el contenido de esta caucion nos manifiesta, pues, el contenido de la sentencia (§ 260, núm. 1) y en este sentido efetivamente he expuesto semejante materia.

(e) Segun el contraste de las expresiones que siguen, es evidente que el poseedor de mala fé responde de la culpa *antes y despues* de la *litiscontestatio*.

(f) Es decir, respecto á los actos posteriores á la *litiscontestatio*, por los que se incurre en responsabilidad á título de *dolus* ó de *culpa*.

(g) Parece á primera vista que hay contradiccion entre el dolo y la posesion de mala fé; pere hé aquí como debe entenderse este asunto. Cuando ántes de la *litiscontestatio*, el poseedor de buena fé manumite ó dá en prenda al esclavo, nada tiene este acto de reprensible. Pero si disimula este mismo acto en momento de la restitucion (que como es consiguiente, ha de resultar ineficaz), se hace culpable de *dolus*; y por esta causa debe prestar caucion de que no ha tenido lugar ningun acto semejante. Wetzel, Vindications Prozesz, p. 206, 211, explica el texto de una manera arbirtraria y forzada; establece principalmente una diferencia imaginaria entre la accion resultante de la propiedad y la que resulta de la herencia.

mera vista pueda esto parecer dudoso. Así, el demandado debe una indemnizacion siempre que despues de la *litiscontestatio* pueda atribuirse á su *dolus* ó á su *culpa* el hecho de haber sido desposeido ó la pérdida de la cosa litigiosa. Esto se encuentra comprendido en la *omnis causa*, cuya prestacion impone la *litiscontestatio* y que consiste en indemnizar al demandante de todos los perjuicios que le causa la duracion del proceso (*h*). Antes de la *litiscontestatio* el que se constituye deudor por estipulacion debe únicamente abstenerse de los actos positivos que hicieran imposible la ejecucion de sus compromisos (*i*).

§ CCLXXIII.—*Efectos de la litiscontestatio.*—II. *Extension de la condena. b) Disminuciones.—(*Continuacion*).*

Llegamos á un punto más difícil y más controvertido que los que hasta el presente nos han ocupado; es este el caso en que la disminucion, por ejemplo; la pérdida de la cosa ó la desposesion del demandado, sea puramente fortuita, sin intervencion de *dolus* ni de *culpa* de este último.

No podrá dudarse que en varios casos de esta especie no esté obligado el demandado á una indemnizacion, como consecuencia especialmente, en las acciones personales, de la *mora*, y en las acciones *in rem* de la posesion de mala fé; pero no existe igual acuerdo sobre los detalles y sobre el papel que representa aquí la *litiscontestatio*.

La divergencia de opiniones entre los autores más modernos puede resumirse del siguiente modo:

Los unos asimilan completamente á la *mora* la posesion de mala fé, despues de la *litiscontestatio*, y sostienen que ambas obligan al demandado á una indemnizacion, pero bajo ciertas restricciones.

Los otros pretenden, por el contrario, que dichas res-

(*h*) L. 31, pr., de reb. cred. (XII, 1): «Cum fundus vel homo per conditionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est. omne quod habiturus esset actor si litis contestandæ tempore solutus fuisset.» Respecto á la accion resultante de la propiedad, encontramos igualmente la *omnis causa* (L. 17, § 1, de rei vind., VI, 1), y de aquí resulta que el demandado debe indemnizacion por toda pérdida de la cosa, motivada por una *culpa*. L. 36, § 1, de rei vind. (VI, 1).

(*i*) L. 81, pr., de verb. obl. (XLV, 1).

tricciones se aplican únicamente á la posesion de mala fé y que la obligacion resultante de la *mora* es absoluta (*a*).

Pero este desacuerdo no existe únicamente entre los autores modernos. Los jurisconsultos romanos y las diversas escuelas tienen tambien opiniones diversas (*b*). Mantiénense tambien principalmente dos opiniones extremas: la una que sostiene, la otra que niega absolutamente la obligacion de la indemnizacion. Más tarde trataron de conciliar los grandes jurisconsultos, por medio de la equidad, estas dos opiniones extremas.

Las restricciones de que acabo de hablar versan sobre dos puntos. Se pretende que la obligacion de indemnizar se subordine á las dos condiciones de que el demandante hubiere vendido la cosa si no hubiese perecido, ó de que la cosa no hubiere perecido si el demandante hubiese recobrado ántes la posesion. Hay autores que adoptan una ú otra de estas restricciones y los hay tambien que las adoptan ambas. Por último, tanto para una como para otra, trátase de saber cuál de las dos partes debe suministrar la prueba de estos hechos. Abandono por el momento estas diversas cuestiones y volveré sobre ellas al fin de esta indagacion.

1. Respecto á las acciones personales la *mora* es la circunstancia decisiva. Existen sobre este punto disposiciones expresas relativas á las acciones siguientes:

A) Varios textos deciden formalmente que á partir de la mora, esto es, frecuentemente ántes de todo litigio, el deudor, por estipulacion, debe indemnizar al acreedor si la cosa perece por caso fortuito (*c*). Esta regla aparece con entera claridad, atendiendo á su contraste con los efectos atribuidos al contrato ántes de la *mora*. El deudor sólo debe indemnizacion cuando la pérdida de la cosa resulta de su voluntad ó de su falta; pero no en el caso de una simple omision (*d*).

(*a*) Buchka, Einflusz des Prozesses, p. 202, donde cita un gran número de autores. Wächter, H. 3, p. 133.

(*b*) Keller, p. 170.

(*c*) L. 82, § 1; L. 23, de verb. obl. (XLV, 1); L. 39, § 1, de leg. 1. (XXX). Esta regla, aunque no expresada tan claramente, se encuentra tambien en la L. 91. pr., de verb. obl. (XLV, 1); L. 5, § 4, de in litem jur. (XII, 3); L. 23, de pec. const. (XIII, 5).

(*d*) L. 91, pr., de verb. obl. (XLV, 1). Aun en el caso de una enajena-

B) Independientemente de la estipulacion, se aplica este principio absoluto de la indemnizacion á todas las obligaciones que engendran una accion con *dare oportere*, es decir, una *condictio* (e). Por aplicacion de esta regla, el ladron, desde la perpetracion del robo, que lo constituye siempre en *mora*, responde de la pérdida fortuita de la cosa, pues el propietario tiene contra él la *condictio furtiva* en *dare oportere* (f).

C) El vendedor responde igualmente de la pérdida accidental de la cosa vendida que ha tardado en entregar (g).

D) Por último, nuestra regla se encuentra tambien mencionada con motivo de los legados, cuando el heredero ha demorado la entrega de la cosa que perece por caso fortuito (h).

No tengo necesidad de probar que en todos estos casos el deudor está obligado, y con mayor razon, á indemnizar cuando la pérdida de la cosa litigiosa resulta de su *culpa* y no de un accidente.

Uno de los textos citados da por motivo de la obligacion rigurosa fundada en la *mora*, que ésta, es decir, que la violacion del derecho con conocimiento de causa, pone al titular en la imposibilidad completa de enajenar la cosa y de quedar así al abrigo de toda pérdida (i).

Ahora bien, si esta obligacion rigurosa es una consecuencia de la *mora*, no podrá dudarse que existe en la mayor parte de los casos que nos ocupan, cuando independientemente de la *mora*, ha llegado el proceso á la insinuacion de la demanda ó áun á la *litiscontestatio*; pues precisamente en los casos en que el litigio tiene por objeto una cosa particular y determinada, únicos en que puede ocurrir la cues-

---

cion calculada, la responsabilidad en que ciertamente se ha incurrido, puede quedar sin efecto si más tarde viene á perecer la cosa por caso fortuito, pues dicha enajenacion no motiva diferencia alguna. L. 45, de verb. obl. (XLV, 1).

(e) L. 5, de reb. cred. (XII, 1). En este como en otros textos, el *dare oportere* designa la *condictio*, y áun la clase de *condictio* más rigurosa, la que excluye la *condictio in certi* contenida en el *dare facere oportere*.

(f) L. 20; L. 8, § 1, de cond. furt. (XIII, 1); L. 9, C., de furtis. (VI, 2).

(g) L. 5, 6, C., de peric. (IV, 48).

(h) L. 39, § 1; L. 47, § 6; L. 108, § 11, de leg. 1, (XXX); L. 23, de verb. obl. (XLV, 1).

(i) L. 47, § 6, de leg. 1, (XXX).

tion de la pérdida de la cosa, es muy difícil que la *mora* del deudor no preceda al litigio. Lo dicho es principalmente aplicable á la estipulacion, cuya naturaleza positiva no debe casi nunca dejar duda sobre la existencia de la deuda (*k*).

Esta observacion es importante para la interpretacion de ciertos textos que pudieran creerse en contradiccion con nuestra regla. En efecto, estos textos dicen que la responsabilidad de la pérdida accidental comienza desde la *litiscontestatio*, y se expresan así principalmente con motivo de la estipulacion del legado, del depósito y de la obligacion que resulta de una *in jure confessio* (*l*).

Podría intentarse aplicar á estos textos el argumento a contrario y entender: á partir de la *litiscontestatio* únicamente y no á partir de la *mora*. Estos textos se encontrarían entónces en contradiccion directa con los numerosos testimonios precedentemente citados y sería preciso atribuir dicha contradiccion á una controversia entre los antiguos jurisconsultos, admitida, por inadvertencia, en el Digesto. Pero esta interpretacion debe ser evidentemente rechazada, pues el mismo Pomponio, con motivo de la estipulacion, presenta la *mora*, y en otro texto la *litiscontestatio*, como punto de partida de dicha obligacion rigurosa (*m*). En su consecuencia, para conciliar estos textos, en apariencia contradictorios, es preciso decir que la obligacion rigurosa comienza con la *mora*, y á falta de ella, con el litigio, y que segun las circunstancias particulares del caso, puede el juez admitir alguna vez la *litiscontestatio* como punto de partida cierto de la *mora* (§ 264, *g*). Acaso, tambien, alguna de estas decisones se refiren á procesos reales en que la pérdida accidental de la cosa había sobrevenido despues de la *litiscontestatio* y en que, por tanto, no existía nigun interés práctico para remontarse á la época anterior de la *mora*.

(*k*) Esta observacion confirma la interpretacion dada más arriba (§ 264, *d*) á la L. 82, § 1, de verb. obl. (XLV, 1): «Et hic moram videtur fecisse quid litigare *maluit* quam restituere.» Segun la cual, este texto (relativo á la estipulacion), designa, no un proceso en general, sino un litigio intentado caprichosamente y por malicia.

(*l*) L. 8, de re jud. (XLII, 1); L. 12, § 3, depos. (XVI, 3); L. 5, de confessis, (XLII, 2).

(*m*) L. 5, de reb. cred. (XII, 1), y L. 12, § 3, depos. (XVI, 3), ambos tomados de Pomponio, lib. XXII, ad Sabinum. No puede, pues, darse aquí lugar á controversia.

Vemos además que Sabino y Casio rechazaban como inícua esta responsabilidad de la pérdida accidental impuesta al demandante (*n*). Pero esta mencion no tiene más que un valor histórico, pues el mismo jurisconsulto que expone opinion tan extraordinaria, no dice nada para confirmarla.

De propósito, no he hablado todavía del texto más difícil sobre esta materia. No quería debilitar inútilmente los testimonios ciertos por un testimonio oscuro. Hé aquí el contenido de este texto, cuyo autor es Ulpiano (*o*). Aquel á quien se ha arrebatado un esclavo por medio de amenazas tiene la *actio quod metus causa* en restitucion de este esclavo. Ahora bien, si el esclavo muere por accidente, esto puede acontecer despues ó ántes de haberse pronunciado la sentencia. En el primer caso, dice Ulpiano, nada tiene el demandado que pagar, pues, por haber rehusado la restitucion material, está ya obligado á pagar á título de pena el triple del valor del esclavo, pena que absorbe toda prestacion ulterior; en el segundo caso, por el contrario, debe pagar el valor del esclavo muerto por accidente (*p*). Este segundo caso implica que la pérdida del esclavo ha tenido lugar en el intervalo que separa la *litiscontestatio* de la sentencia (*q*); y por esta causa figura este texto en el numero de los más arriba citados, declaratorios de que se debe la indemnizacion por la pérdida accidental sobrevenida despues de la *litiscontestatio* (*r*). Ulpiano, añade, que este principio se aplica igualmente á los dos interdictos de *vi* y *quod vi*.

(*n*) L. 14, § 1, depos. (XVI, 3): «...veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt: quia æquum esset naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cum interitura esset ea res etsi restituta esset actori.» Volveré más adelante sobre la última parte de este texto.

(*o*) L. 14, § 11, quod metus (IV, 2).

(*p*) L. c.: «si autem ante sententiam..... mortuus fuerit, tenebitur (es decir, á la simple reparacion del perjuicio)..... Itaque *interdum* hominis mortus pretium recipit.»

(*q*) Es preciso admitir tambien que la muerte haya tenido lugar ántes del mandato de restituir hecho por el juez; de otro modo, se hubiera incurrido por esta desobediencia en la pena del triple del valor que, como en el primer caso, hubiera absorbido la simple reparacion del perjuicio.

(*r*) Acaso la analogía con la accion nacida de la propiedad haya ejercido aquí su influencia, pues en las tres acciones personales aquí nombradas puede ser considerado el demandado como poseedor de mala fé; por otra parte, la accion *quod metus causa* es *in rem scripta*. En último resultado, no podría decidirse si la confusion que presenta este texto debe ser imputada á su autor ó la torpeza de los compiladores.

Por lo demás, comprendido así el efecto de la *litiscontestatio*, es evidente que en este caso de la obligacion rigurosa del demandado, la *litiscontestatio* como tal, es decir, habida en cuenta su fuerza obligatoria, no puede en modo alguno ser considerada como una circunstancia decisiva.

II. En cuanto á las acciones *in rem*, encontramos las decisiones siguientes sobre la indemnizacion debida por la pérdida accidental.

A) Accion resultante de la propiedad.

Varios antiguos jurisconsultos habían pretendido que el demandado no debia nunca indemnizacion por la pérdida accidental, aunque fuera posterior á la *litiscontestatio*. Hé aquí como rectifica Ulpiano esta opinion extrema *(s)*. Cuando la pérdida sobreviene despues que el *judex*, habiendo reconocido sumariamente el derecho del acreedor, ha ordenado la restitucion material (y se ha visto en el § 221 que esta ordenacion precedía al juicio propiamente dicho), el demandado debe una indemnizacion, porque su negativa de restituir constituye una verdadera *mora* y por consiguiente, los principios ántes desenvueltos sobre los efectos de la *mora*, encuentran su verdadera aplicacion:

«Si servus petitur, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris pretium non esse præstandum plerique aiunt. Sed est veribus, si forte distracturus erat petitor si accepisset (*t*), *mora passo* debere præstari (*u*):

(*s*) L. 15, § 3, de rei vind. (VI, 1).

(*t*) Volveré más adelante sobre estas palabras.

(*u*) En este texto y en el siguiente se toma ordinariamente la palabra *mora* en un sentido general, como designando la tardanza inseparable del litigio, es decir, la resolucion, nada censurable en sí misma, que toma el demandado de sostener el proceso, en lugar de satisfacer voluntariamente al demandante. Desde luego, es poco verosímil que una expresion técnica tan precisa é importante se encuentra empleada en un sentido vago tan diferente de su significacion verdadera y técnica. Pero desde que Gayo nos ha hecho conocer la naturaleza de las acciones arbitrarias, es ya evidente que *mora* designa aquí la desobediencia á la restitucion ordenada por el juez, desobediencia que en otras partes es llamada *contumacia*; L. 1; L. 2, § 1, de in litem jur. (XXII, 1). Este texto habla, sin duda alguna, de un poseedor de buena fé: *mora* se encuentra tomada además en su significacion propia, y se refiere á la obligacion resultante de la *litiscontestatio* (§ 258, *v*). Wetzell, Vindications Prozesz, p. 179-181, sostiene la buena interpretacion de *mora*. Pero en cuanto al resto del texto su interpretacion es falsa y forzada.

nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.»

Otro pasaje del mismo texto *(v)* confirma esta decision:

«Idem Julianus eodem libro scribit, si *moram fecerit* in homine reddendo possessor et homo mortuo sit, et fructuum rationem usque ad rei judicatæ tempus spectandam esse *(w)*.

Independientemente de esta *mora*, y aun ántes que ella exista, el demandado responde de la pérdida accidental si es poseedor de mala fé y si la pérdida es posterior á la *litiscontestatio* (*x*).

B) Peticion de herencia.

Antiguamente declaraban los jurisconsultos responsable al deudor de toda pérdida accidental sobrevenida despues de la *litiscontestatio*. A ello fueron llevados por los términos demasiados absolutos del senado-consulto Juventiano. Paulo corrige este rigor excesivo por una distincion entre el poseedor de buena fé y el poseedor de mala fé, imponiendo á este último únicamente la responsabilidad de la pérdida accidental. Después, añade, que se deben adoptar en la peticion de herencia los mismos principios establecidos para la accion resultante de la propiedad. Tal es el sentido de las siguientes palabras (*y*):

(*v*) L. 17, § 1, de rei vind. (VI, 1).

(*w*) Si estos frutos deben ser restituidos, es evidente que el demandante tiene, ante todo, derecho á una indemizacion por el valor del esclavo mismo.

(*x*) V. el texto siguiente, es decir, la L. 40, C. R., de her. pet. (V, 3) que habla expresamente de la accion resultante de la propiedad. Por lo demás, cuando Paulo dice en la L. 16, pr., de rei vind. (VI): «non enim post litem contestatam *utique* et *factum possesor præstare debet*.» no se refiere á los *plerique* citados y refutados por Ulpiano en la L. 15, § 3, eod., pues niega únicamente la obligacion *absoluta* de la indemnizacion, proposicion negativa que puede conciliarse igualmente con la obligacion nueva resultante de la *mora* (como Ulpiano la presenta), y con la obligacion especial del poseedor de mala fé, como Paulo mismo lo reconoce en la 40, pr., de her. pet.)

(*y*) L. 40, pr., de her. pet. (V, 3). Tomando este texto á la letra podría entenderse de este modo: respecto á la accion nacida de la propiedad. Paulo distingue, en efecto, entre el poseedor de mala fé y el de buena fé, pero, en cuanto á la accion resultante de la herencia, aplica al poseedor de buena fé la prescripcion del senado-consulto (á pesar de su dureza). Sin embargo. Paulo quiere decir evidentemente que la dureza contra el poseedor de buena fé está en los términos y no en el espíritu del senado-consulto y á este respecto pone las dos acciones en la misma

«¿Quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pe ora deperierent? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In prædonis persona Proculus recte existimat: in bonæ fidei ponssessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.»

No obstante, débese sin duda alguna, aplicar á la peticion de herencia la responsabilidad absoluta que acabamos de establecer como consecuencia de una clase particular de *mora*, respecto á la accion resultante de la propiedad. Estas dos acciones, en efecto, son *arbitrariæ* y ambas daban lugar á una instruccion sumaria, despues de la cual ordenaba el *judex* la restitucion material; y la desobediencia á esta órden entrañaba consecuencias igualmente rigurosas.

Por la anterior exposicion se vé que se introdujeron más tarde ciertos temperamentos en las opiniones extremas de los antiguos jurisconsultos, y que estos temperamentos se deben uno á Ulpiano y otro á Paulo.

Resulta igualmente, en cuanto á los efectos propios de la *litiscontestatio*, que en el caso de la *mora* especial (la negativa de restituir), la *litiscontestatio* por sí misma no es una circunstancia decisiva; pero tiene una importancia indirecta, pues una vez cumplida, toma la desobediencia el carácter de una verdadera *mora*. Cuando, por el contrario, hay posesion de mala fé, la *litiscontestatio* llega á ser una circunstancia decisiva por sí sola; este caso es, pues, en general, el único en que puede decirse que la *litiscontestatio* señala la época en que el demandado comi nza á responder de la pérdida accidental.

C) A estas acciones *in rem* puede añadirse todavía la *actio ad exhibendum* que, si bien es una accion personal, se encuentra en gran parte sometida á las mismas reglas que la accion resultante de la propiedad. Aquí tambien se dice que el demandado responde de la pérdida accidental;

---

línea. Pruébase la verdad de esta interpretacion por las últimas palabras del texto que abrazan igualmente á ambas acciones.

pero sin determinar los límites de esta responsabilidad (*z*).

Si ahora se pregunta cuáles, entre las reglas hasta aquí expuestas, son aplicables al derecho actual, la respuesta no puede ser dudosa. La obligacion absoluta del deudor, que resulta de la *mora*, debe ser admitida sin dificultad, como tambien debe admitirse para las acciones *in rem* la responsabilidad del poseedor de mala fé á partir de la *litiscontestatio*; pero no cabe cuestion sobre la clase de *mora* peculiar á la accion resultante de la propiedad y á la peticion de herencia, pues esta determinacion se refiere al procedimiento especial de las acciones arbitrarias en derecho romano, procedimiento del que no existe hoy vestigio alguno. Así, el caso en que el derecho romano atribuía la responsabilidad de la pérdida accidental á esta clase de *mora*, es decir, á la negativa de efectuar la restitucion ordenada ántes de la sentencia, no puede presentarse hoy.

El código prusiano ha adoptado en esta materia los principios del derecho romano. Impone la responsabilidad de la pérdida accidental, no á todo demandado en general, por más que á partir de la insinuacion le atribuya una mala fé ficticia, sino únicamente al poseedor de mala fé propiamente dicho, esto es, al que conoce el vicio de su posesion (*aa*). El deudor moroso en entregar la cosa debida está sometido á la misma obligacion (*bb*) De este modo, existe entre los dos derechos concordancia perfecta, salvo la diferencia de los términos, correspondientes al diferente punto de vista adoptado por el moderno legislador.

(*z*) L. 12, § 4, ad exhib. (X, 4): «*interdum*..... damnandus est.» Esta frase indica, sin precisarlas, algunas condiciones restrictivas de la condena. Estas condiciones son evidentemente las mismas que las exigidas en la accion resultante de la propiedad; de este modo, la posesion de mala fé del demandado ó su *mora*, es la inejecucion de la exhibicion ordenada por el *judex*, pues esta era una accion arbitraria.

(*aa*) A. L. R. Th. I, Tit. VII, § 241. El poseedor de mala fé, *propiamente dicho*, se opone aquí al poseedor no fundado en derecho (§ 240), que es tratado más favorablemente. Si, pues, este último, cuya conciencia no es enteramente irreprochable, no se encuentra sometido á esta obligacion rigurosa, debe con mayor razon exceptuarse de ella á aquél cuya mala fé es solo ficticia como fundada en la insinuacion (§ 222) y cuya conciencia puede ser absolutamente irreprochable. La frase *propiamente dicho* expresa tambien, de una manera indirecta, un contraste con el § 222. En el § siguiente volveré á tratar de la restriccion que se encuentra al final del § 241.

(*bb*) A. L. R. Th. I, Tit. XVI, § 18.

§ CCLXXIV. *Efectos de la litiscontestatio.*—II. *Extension de la condena.* b. *Disminuciones* (Continuacion.)

Llego ahora á la cuestion arriba expuesta (§ 273) referente á las pretendidas restricciones de la obligacion rigurosa de indemnizar impuesta al demandado.

I La primera de estas restricciones versa sobre la circunstancia de que, si le hubiera sido entregada la cosa al demandante en tiempo oportuno, hubiese este vendido la cosa litigiosa y se encontraría libre de todo peligro. Se añade, naturalmente, que el demandante es quien debe probar que hubiera efectuado la venta.

Si examinamos la cuestion en general y segun la naturaleza íntima de la relacion de derecho, esta proposicion nos parece difícil de admitir. El deudor que demora realmente la entrega de una cosa comete á sabiendas una injusticia, cuya consecuencia es algunas veces hacer la venta de la cosa imposible al acreedor *(a)*. Si la cosa perece por accidente fortuito, el pago de su valor es la única indemnizacion verdadera y completa de este perjuicio.

Aquí, la imposibilidad de la venta nos aparece como el motivo de esta obligacion rigurosa. La doctrina que acabo de exponer trasforma este motivo en una condicion, de manera que el demandante no tiene derecho á la indemnizacion sino cuando prueba que no hubiere usado de esta posibilidad y que habría vendido realmente. Mas en este caso la regla queda enteramente anulada. En efecto, el demandante no podía probar que hubiera hecho una cosa en una suposicion que resulta imposible de realizar, y los que exigen esta prueba se ven reducidos á contentarse con una cierta probabilidad de hecho que no constituye prueba alguna *(b)*. Esto es sobre todo evidente en el caso que nos ocupa,

---

(a) Casi siempre imposible *de hecho*, mientras que el demandante se encuentre privado de la posesion (algunas veces aun de la que debe conferirle el propietario). Con frecuencia imposible tambien de *derecho* durante el litigio, á causa de las prescripciones referentes al *litigiosum*.

(b) Sin duda hay casos en que es muy probable que el demandante hubiera vendido, como por ejemplo, cuando un comerciante reclama las mercancías que forman el objeto de su comercio. Sin embargo, queda siempre por saber si ántes de la pérdida de la cosa hubiera encontrado compradores por el precio que él reclama.

pues el acreedor mejor dispuesto á vender no buscará ni encontrará comprador mientras que no tenga la posesion (áun en el caso de una accion personal relativa á la tradicion) y la propiedad de la cosa. Con arreglo á estas consideraciones generales debemos mirar el impedimento de la venta como el motivo de la regla y no como la condicion de su aplicacion.

Veamos ahora de qué modo considera el derecho romano la cuestion.

A) Respecto al caso de la *mora* cuando la accion es personal, los numerosos textos del derecho romano nada dicen sobre este punto. Hablan de la indemnizacion de la pérdida accidental como de una obligacion absoluta impuesta al demandado, sin mencionar nunca ninguna excepcion ni ocuparse de la imposibilidad de vender en que el demandante se encuentra.

Entre estos numerosos textos, uno solo, cuyo autor es Ulpiano, habla de la venta en estos términos (*c*).

«Item si fundus chasmate periit, Labeo ait, utique æstimationem non deberi· quod ita verum est, si non post moram id evenerit: *potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*»

El asunto nos aparece aquí precisamente tal como lo he considerado bajo el punto de vista de la teoría. A partir de la *mora* se presenta como absoluta la obligacion de indemnizar. Como motivo de la obligacion se aduce la simple posibilidad de la venta; pero no se hace de su realizacion hipotética una condicion cuya prueba sea necesaria para dejar asentada la obligacion.

Se podría tambien alegar en este punto el texto oscuro, ya citado, sobre la *actio quod metus causa*, donde el mismo Ulpiano, á propósito de una accion personal, habla de los efectos de la *mora* ó de la *litiscontestatio* que hace la vez de la misma (*d*); pero este texto, vista la ambigüedad de sus términos, no es, en manera alguna, decisivo. Se encuentra concebido del siguiente modo:

(*c*) L. 47, § 6, de leg. (XXX), tomado de Ulpiano, lib. XXII, ad Sabinum.

(*d*) L. 14, § 11, quod metus (IV, 2); V. § 273.

«Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, *qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.*»

La palabra *qui* puede tener igualmente en este texto el sentido de *quia* ó de *si*, y traducirse: «porque hubiera vendido» ó bien «si hubieran vendido.» Este texto no prueba nada, puesto que se puede interpretar tanto en la una como en la otra opinion. Pero principalmente no favorece la doctrina de la condiccion, pues en el texto acabado de citar ántes (L. 47, § 6, de leg.) el mismo Ulpiano aduce la venta como motivo y no como condicion; debe, por tanto, creerse que no la considera de otro modo en este texto relativo al caso de la *mora* (ó *litiscontestatio*) en materia de acciones personales.

B) Paulo considera absolutamente de igual modo la obligacion del poseedor de mala fé, despues de la *litiscontestatio*, con respecto á la peticion de herencia ó á la accion que resulta de la propiedad *(e)*.

«Post acceptum judicium damnari debebit secundum verba orationis, *quia potuit petitor, restituta hereditate distraxisse ea.* Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet... In prædonis persona Proculus recte existimat.»

Aquí tambien la posibilidad general de la venta aparece como motivo de la obligacion absoluta, y no se hace de ella la condicion restrictiva para el caso de una venta real.

C) Respecto á las acciones *in rem*, donde la obligacion rigurosa del demandado está fundada en una especie de *mora* peculiar de estas acciones (la negativa de restituir materialmente) se expresa Ulpiano del siguiente modo *(f)*.

«Sed est verius, *si forte distracturus erat petitor si accepisset*, moram passo debere præstari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.»

Aquí, en verdad, encontramos una expresion que designa una relacion condicional. Sería difícil considerarla en contradiccion con los textos precedentemente citados, pues uno de ellos es tambien de Ulpiano. Admitir, por otra parte, que la *mora* no haya tenido los mismos defectos en cuanto

---

(e) L. 40, pr., de her. pet. (V, 3). V. § 273.
(f) L. 15, § 3, de rei vind. (VI, 1), tomado de Ulpiano, lib. XVI, ad Ed. V. 273.

á las acciones *in rem* que relativamente á las obligaciones y al poseedor de mala fé, sería una suposicion pueril é inverosímil.

Hé aquí una interpretacion que destruiría estas dificultades y que serviría al mismo tiempo de término medio en la controversia que nos ocupa. Si *forte distracturus erat*, significa literalmeute: «si se reconocía la posibilidad de que hubiera tenido lugar la venta,» (así, *forte*, en el sentido de probablemente). Supongamos ahora el caso en que el demandado pudiera presentar la prueba de que el demandante no hubiese vendido; esta prueba poco importante además en la práctica, á causa de su extrema rareza, excluiría la posibilidad de la venta que era la base de la obligacion. Sin inconveniente alguno podría aplicarse esta restriccion á los demás casos en que la posibilidad de la venta se expresa como motivo y no como condicion.

Su misma extraordinaria rareza explica perfectamente la razon de que no la veamos mencionada, y de que en tantos textos relativos á la *mora* aparezca como absoluta la obligacion impuesta al deudor de pagar, en caso de pérdida accidental, una indemnizacion sin dejar lugar, al parecer, para ninguna clase de excepcion. Esta interpretacion se aplicaría igualmente al texto oscuro de Ulpiano sobre la *actio quod metus causa* (nota *d*) y destruiría toda contradiccion con los otros textos. He aquí un ejemplo de la prueba, siempre demasiado rara, que puede suministrar el demandado. Un inmueble en feudo ó gravado con un fideicomiso ó bien un *fundus dotalis* es reivindicado contra un poseedor de mala fé. El fuego del cielo, es decir, un caso fortuito destruye los edificios. Aquí la posibilidad de la venta es incompatible con la inalienabilidad del inmueble. Sin que la cosa sea jurídicamente inalienable puede probarse que la enajenacion no hubiera tenido lugar, como por ejemplo, si durante el trascurso de la *mora* ó de la posesion de mala fé del demandado, había el demandante residido en un país lejano sin dejar á nadie encargado de vender en su nombre.

Admitida esta interpretacion, véase el resultado que nos daría el principio de la obligacion rigurosa. La obligacion sería absoluta en el sentido de que para hacerla valer no hubiera tenido el demandante necesidad de pruebas especiales. El fundamento de la obligacion sería la probabilidad que se

quita al titular de vender la cosa litigiosa, y de ponerse de este modo al abrigo de toda pérdida. Esta posibilidad se implica por sí misma; únicamente en los raros casos en que el demandado puede probar que no existe, no tendría base la obligacion de indemnizar.

II. La segunda restriccion consiste en no hacer responsable al demandado de la pérdida accidental cuando la cosa hubiese perecido de igual modo en poder del demandante, y en no imponerle esta responsabilidad, sino cuando la pérdida resulta de su injusta posesion (*g*).

Examinamos ante todo esta restriccion en general y segun la naturaleza de la relacion del derecho que nos ocupa. Desde luego parece justificada por la circunstancia de que, en el primer caso, la privacion de la posesion no causa definitivamente perjuicio al demandante, pues una vez consumada la pérdida, la extension de sus bienes es absolutamente la misma que si no hubiese sido nunca desposeido.

Pero esta apariencia desaparece si tenemos en cuenta el resultado de nuestra indagacion sobre la cuestion primera. En efecto, aunque la pérdida se refiere á una causa tan general que hubiera debido tener lugar siempre, es innegable que el demandante podía vender la cosa antes de dicho acontecimiento y garantizarse así contra toda pérdida. Ahora bien, hemos visto ántes que la obligacion rigurosa del demandado se funda precisamente en el hecho de no tener el demandante posibilidad de vender.

Veamos ahora lo que encontramos en las fuentes del derecho romano sobre segunda restriccion.

Todos los textos claros y decisivos que he citado como base de la regla rigurosa callan sobre el punto que nos ocupa.

Asi cuando varios textos deciden de una manera absoluta que á partir de la *mora* el deudor por estipulacion responde de la pérdida accidental, no se podría sin contradecir

---

(*g*) La destruccion de un inmueble por un temblor de tierra (nota *e*), ó por el incendio causado por el fuego del cielo son acontecimientos que hubieran sucedido, cualquiera que fuese el poseedor. Cuando, por el contrario, perece un mueble en el incendio de la casa del demandado, la posesion de este ocasiona la pérdida de la cosa litigiosa. Evidentemente pueden concebirse varios casos intermedios que no tienen aquí solucion.

abiertamente estos textos admitir una restriccion sobre la que no dicen una palabra; serían necesarios testimonios claros é inequívocos para legitimar la más ligera duda y hacernos buscar la solucion de esta antinomia aparente. Otro tanto digo de la obligacion rigurosa del poseedor de mala fé y de la especie de *mora* peculiar á las acciones *in rem*.

He aquí á lo que se reduce todo lo que encontramos en el derecho romano sobre esta pretendida restriccion.

A) Hemos visto más arriba respecto á la *actio ad exhibendum* que el demandado es *algunas veces* responsable de la pérdida accidental posterior á la *litiscontestatio* y que por ello es preciso entender que la obligacion rigurosa está sometida á las mismas condiciones que las establecidas para la accion resultante de la propiedad (§ 263, *z*). Paulo añade á esta decision (*h*):

«*Tanto magis*, si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.»

Estas palabras no hacen más que confirmar el principio para el caso aquel designado; pero no implican en modo alguno que sea necesario decidir lo contrario, cuando la pérdida no es accidental. Este texto no pone, pues, ninguna restriccion á la obligacion rigurosa.

B) Respecto á la *actio depositi*, Sabino y Casio pretendian que el depositario no respondía nunca de la pérdida accidental. Esta opinion, que Gayo refiere como un hecho histórico, sin aprobarla, ha sido igualmente rechazada por los jurisconsultos de los tiempos posteriores y por los redactores del Digesto (§ 273, *n*). Al final del texto que expresa esta doctrina condenada, se lee (*i*):

«Utique, cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.»

Estas palabras son susceptibles de una doble interpretacion. Pueden significar: esta decision, por lo demás justa y verdadera, es principalmente evidente en este caso. Pero pueden tambien significar: esta decision no es rigurosamente verdadera más que en este caso; en los demás está

(*h*) L. 12, ad exhib. (X, 4).
(*i*) L. 12, § 4, depos. (XVI, 3).

sometida á excepciones. Cualquiera que sea, sin embargo, la interpretacion que se de á dichas palabras, son indiferentes para el derecho justiniáneo, puesto que se refieren á una antigua opinion que este derecho condena.

C) Resta, en fin, el oscuro texto de Ulpiano sobre la *actio quod metus causa* de que he hablado ya (*k*). Sucede, dice, que si la pérdida accidental sobreviene durante el litigio, el demandado debe una indemnizacion:

«Si tamem peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus» (*l*).

Parece, pues, muy natural aplicar aqui el argumento *a contrario* y decir que el demandado no responde de la pérdida aun cuando hubiera tenido siempre lugar, como por ejemplo, en el caso en que el esclavo muere de vejez; tal es, en efecto, el único argumento especioso en favor de la opinion que combato. Hé aqui, no obstante, las razones que me impiden ver en la decision de este texto una regla general, segun la que fuera preciso aplicar á todas las acciones semejante restriccion de la responsabilidad del demandado. Los textos más positivos y ménos equívocos sobre la obligacion rigurosa del demandado, relativos, tanto á los principales contratos como á la accion de la propiedad y á la peticion de herencia, nos representan esta obligacion como absoluta, y son por tanto incompatibles con dicha restriccion. Trataríase ahora de introducir en virtud de nuestro texto principios para los que no es de ningun modo apropiado. He señalado ya la confusion que en este punto reina. En cuanto al pasaje aquí citado, si bien puede hasta cierto punto adivinarse el caso particular y la clase de procedi-

---

(*k*) L. 14, § 11, quod metus (IV, 2). V. § 273.

(*l*) Hé aquí la parte del texto relativa al punto que nos ocupa. Despues de haber dicho que si el esclavo ha huido sin culpa del demandado debe éste solamente prestar caucion de presentarlo, Ulpiano añade: sed si non culpa *ejus cum quo agetur obierit*, si tamem peritura res non fuit si metum non adhibuisset, tenebitur reus.» Las palabras impresas en caractéres itálicos están tomadas de Haloander, y dan el sentido siguiente: primero se había tratado del esclavo *fugitivo* («ergo si *in fuga sit* servus sine dolo malo et culpa ejus cum quo agetur, cavendum esse,» rel.); despues viene el contraste con el esclavo *muerto* («sed et si... *obierit*»). La leccion del manuscrito de Florencia y de la Vulgata: «sed et si non culpa *ab eo* cum quo agetur *aberit*,» no da ningun sentido razonable.

miento á que se aplica, no podríamos concluir de ello nada positivo sobre la materia. Añado que el texto entero trata de la *actio quod metus causa*, accion poco importante en el conjunto general del derecho. Una indicacion aislada hecha en semejante asunto, no puede abrazar el círculo entero de las acciones. Atribuirle esta influencia sería violar los verdaderos principios sobre la fijacion del derecho con arreglo al testimonio de las fuentes y destruir toda proporcion entre la exegésis y las abstracciones de la teoría.

Si ahora se examinan las relaciones que existen entre estas dos restricciones, tendremos para la práctica los siguientes resultados:

1) Cuando la causa de la pérdida se encuentra de tal manera ligada con la posesion injusta del demandado que sin esta posesion la pérdida misma no hubiera tenido lugar, la obligacion de indemnizar es absoluta, no habiendo necesidad de investigar si el demandante hubiera podido vender la cosa *(m)*.

2) En el caso contrario, debese tambien la indemnizacion, pero únicamente por la razon de que el demandado, vendiendo la cosa en tiempo oportuno, hubiera podido librarse de toda pérdida. Por esta causa el demandado no está obligado á indemnizar si prueba que la venta no hubiera tenido lugar ciertamente.

Si se comparan ambas proposiciones, lo que hemos llamado la segunda restriccion nos aparece como excepcion á la primera (ántes única) de la obligacion rigurosa del demandado. Estas dos proposiciones pueden reducirse á la siguiente fórmula, cuya justicia y equidad no podrá ser desconocida.

La responsabilidad de la pérdida accidental impuesta al demandado, cesa en el caso en que el demandante no hubiera podido evitar la pérdida, aunque hubiera estado en posesion de la cosa litigiosa.

Esta explicacion concuerda con el texto difícil de Ulpiano sobre la *actio quod metus causa*, en el sentido de que ambas proposiciones tienen igual relacion con dicho texto. No pretendo que se encuentre en él expresada la misma relacion lógica, pero dudo mucho que se pueda encontrar nunca otro

(m) Véase nota *g* y los ejemplos de este caso y del siguiente.

sentido práctico, claro y cierto para estas dos proposiciones.

El código prusiano regula esta materia del siguiente modo.

Pasa enteramente en silencio la posibilidad de la venta por el demandante como medio de asegurarse contra toda pérdida; pero se ocupa del caso en que la posesion del propietario no hubiera impedido la pérdida accidental, y esta circunstancia excluye la indemnizacion. Un antiguo proyecto imponía al demandante la obligacion de probar que la pérdida no le hubiera alcanzado: más tarde se modificó esta disposicion declarando que el demandado debe justificar el hecho que motiva su liberacion (*n*).

Hay, sin embargo, una excepcion á esta excepcion, esto es, que la obligacion de indemnizar es absoluta cuando la posesion del demandado resulta de un acto punible (*o*), lo cual comprende el robo.

§ CCLXXV. *Efectos de la litiscontestatio*:—II. *Extension de la condena.*—b) *Disminuciones. Epoca de la estimacion.*

Siempre que el demandado debe una indemnizacion, por consecuencia de la disminucion experimentada por la cosa litigiosa (§ 272-274), hay lugar á una evaluacion en dinero. Esta evaluacion es necesaria para toda disminucion objetiva, ya se trate de una pérdida total ó parcial, ya (y esto equivale á una pérdida), de la privacion de la posesion. Además de la disminucion objetiva deberíamos tambien ocuparnos de las variaciones del valor venal (§ 272); pero esta es una cuestion que trataré más adelante. Ahora me limito al caso de la disminucion objetiva, y voy á tratar de determinar la época en que debe colocarse el avaluo de la indemnizacion.

Esta cuestion tenía en el derecho romano intermedio mucha más extension é importancia que tuvo en el antiguo derecho y ha alcanzado, despues, en el derecho justinianeo

(*n*) A. L. R., Th. 1, Tít. 7, § 241. V. Simon Zeitschrift, III, páginas 238, 239.

(o) A. L. R., Th., 1, Tít. 7, § 242. V. Simon, p. 332, núm. 12, (observacion de Suarez).

y en el derecho actual. En fecto, en tiempo del procedimiento formulario, debiendo referirse todas las condenas á una suma de dinero (*a*), era preciso siempre una evaluacion aunque el objeto primitivo del litigio no hubiera sufrido disminucion alguna. En el derecho justinianeo y en el actual, de igual modo que en el antiguo derecho, la evaluacion no es necesaria, sino cuando hay disminucion; en otro caso, la sentencia del juez versa directamente sobre el objeto primitivo.

Voy, ante todo, á presentar un resúmen de las reglas establecidas sobre la época de la estimacion, lo cual nos hará más fácil la solucion de las graves dificultades que suscitan las decisiones de las fuentes del derecho.

En principio, se distinguen las acciones rigurosas de las libres. En las acciones rigurosas se estima el valor de la cosa en la época de la *litiscontestatio*; en las acciones libres en la época de la sentencia.

Experimenta esta regla dos excepciones. Cuando el contrato fija una época para la ejecucion de la obligacion, la estimacion debe referirse á esta época. La *mora* del deudor da al acreedor el derecho de colocar la estimacion en las épocas arriba determinadas ó bien en el principio de la *mora* y, naturalmente, escoje la época que le ofrece mayor ventaja. En un caso especial, á saber, el del robo, el deudor es tratado con más rigor todavía.

Estas reglas no se aplican, sin embargo, más que á las acciones personales resultantes de los actos jurídicos (los contratos y los cuasi-contratos) y á las acciones *in rem*; en cuanto á las acciones personales nacidas de los delitos, existen otras reglas y entónces se tiene en cuenta, principalmente para la estimacion, la época en que el delito se ha cometido.

Voy ahora á desenvolver cada uno de estos diferentes puntos y á justificarlos por el testimonio de las fuentes.

Comienzo por la distincion entre las acciones rigurosas y las libres. Sobre este punto tenemos en el siguiente texto de Ulpiano (*b*) una declaracion del principio formulada con

---

(*a*) Gayo, IV. § 48.
(*b*) L. 3, § 2, commod. (XIII, 6), tomado de Ulpiano, lib. XXVIII, ad

una precision de que poseemos pocos ejemplos, pues ordinariamente debemos sacar por abstraccion las reglas generales de las decisiones particulares:

«In hac actione, *sicut in ceteris bonæ fidei judiciis*, similiter in litem jurabitur: *et rei judicandæ (c), tempus* quanti res sit, observatur: quamvis *in stricti juris judiciis (d) litis contestatæ tempus spectetur.*»

Antes de citar otros testimonios voy á hacer algunas observaciones sobre este texto.

a) La regla expuesta para las *bonæ fidei actiones* es considerada aquí evidentemente como un desarrollo equitativo del derecho nuevo. Sería gran error considerar esto como un privilegio especial de las acciones llamadas *bonæ fidei*, pues este texto abraza tambien sin duda alguna las acciones *in rem*, las pretorianas, las acciones personales, las acciones extraordinarias, en fin, las acciones libres en general. Lo dicho es sobre todo evidente respecto á las acciones libres, que son al mismo tiempo *arbitrariæ* á causa de la ejecucion voluntaria ordenada ántes del juicio; una estimacion posterior á la *litiscontestatio* se hallaría en contradiccion directa con este preliminar.

b) La institucion de la *litiscontestatio* tiene en general por objeto procurar un beneficio al demandante (§ 260, número II): veamos como concuerda nuestra regla con este fin ó los motivos porque se separe de él.

Supongamos el caso de una accion rigurosa y despues de la *litiscontestatio* una baja constante de precio; el fin se encuentra entónces directamente cumplido, pues el demandante recibe el precio más elevado que existía en la época de la *litiscontestatio*, asegurándose así contra la pérdida que le hubiera ocasionado la duracion del litigio. Supongamos, por el contrario, una alza de precio; el demandante pierde entónces el beneficio que hubiera podido procurarle

Ed. El texto habla primero del comodato y despues hace relacion á un principio general.

(c) Se lee en la Vulgata *judicatæ;* las dos lecciones son igualmente admisibles.

(d) Sobre esta leccion Véase t. IV, p. 296-297. Dicha leccion es de la Vulgata. El manuscrito de Florencia expresa: *in stricti,* con una elipse un tanto violenta de las palabras *juris judiciis*. En una y en otra leccion es igual el sentido.

esta subida; pero en general, más bien que de procurarle un beneficio, se trata de garantizarlo contra el perjuicio que experimentaría en la primera hipótesis.

En el caso de una accion libre, si baja el precio, no es protegido el demandante contra la pérdida ocasionada por la duracion del litigio. Aquí se abandona el principio de las acciones rigurosas y sus consecuencias; pero esta desviacion puede explicarse diciendo que no se debe agravar por una especie de amenaza la posicion del demandado que sostiene de buena fé el derecho que cree pertenecerle (*e*). Esta consideracion se encuentra confirmada por el principio de los Sabinianos: *omnia judicia esse absolutoria (f)*, es decir, que durante toda la sustanciacion del litigio la restitucion hecha voluntariamente liberta al demandado. Esto era en algun modo ofrecer una recompensa á la ejecucion voluntaria provocada por el procedimiento especial de las acciones arbitrarias (*g*).

Encontramos, pues, aquí un conflicto entre dos principios opuestos que conducen á consecuencias contrarias. El desenvolvimiento progresivo del derecho dá el predominio al principio de las acciones libres, que es evidentemente el único que reconoce el derecho actual.

c) A pesar de la diferencia que existe entre las reglas relativas á las dos clases de acciones, estas reglas contrastan con otra prescripcion, de igual modo posible, que se encuentra negada expresamente por ellas.

Consistiría esta prescripcion en colocar la estimacion de la cosa en la época en que la obligacion nace (*h*). La filiacion de las ideas expresadas en dicha negacion, debe ser la siguiente: no se coloca la estimacion en la época del naci-

---

(*e*) L. 40, pr., de her. pet. (V, 3): «Nec enim debet possessor..... indefensum jus suum relinquere.» (V. § 273, *y*). La baja del precio es análoga á la pérdida accidental de la cosa.

(*f*) Gayo, IV, § 114.

(*g*) Cuando la cosa litigiosa existia, el demandado, áun en las acciones rigurosas, podia siempre por aplicacion de este principio, librarse de toda pérdida. Esta, no ocurria, por tanto, sino cuando el demandado rehusaba obstinadamente la restitucion, ó cuando la cosa habia perecido.

(*h*) Esto es lo que tiene lugar en las acciones resultantes de los delitos, como más abajo demostraré. Aquí no hablo más que de las acciones personales resultantes de los actos jurídicos y de las acciones *in rem*.

miento de la obligacion, sino en la época del litigio, con la distincion secundaria, sin embargo, de que en las acciones rigurosas se fija en el momento de la *litiscontestatio*, y en las acciones libres, en la época de la sentencia. Para justificar este pensamiento se dice que puede ser indiferente ó aun ventajoso al acreedor diferir durante cierto tiempo la ejecucion de la obligacion; por otra parte, queda siempre en libertad de intentar su accion, fijando, de este modo, entre otras cosas, la época de la estimacion.

d) Esta última observacion es importante, porque nos dá la explicacion natural y el motivo de dos excepciones de que ántes he hablado. En efecto, cuando el contrato fija la época de la ejecucion, se encuentra determinada la época en que el acreedor cuenta con dicha ejecucion y el interés que en ella tiene, excluyendo, por tanto, la indeterminacion de su voluntad. El mismo razonamiento se aplica á la *mora*, pues cuando el acreedor mismo reclama por un requerimiento extrajudicial la ejecucion del contrato, fija implícitamente la época de la estimacion; de otro modo, el deudor sacaría ventaja de su injusta negativa.

e) Estas diversas reglas de derecho tienen su traduccion en las fórmulas del derecho romano, segun podemos conjeturarlo con gran verosimilitud. La parte de la fórmula en que el pretor debía indicar la época de la estimacion es evidentemente la *condemnatio*; esta indicacion debía redactarse de diferente modo, segun que se refiriese la estimacion al pasado (la fecha de la obligacion), al presente (el momento de la *litiscontestatio*), ó al porvenir (la época de la sentencia). Para estas diversas hipótesis se presentan las expresiones siguientes:

Quanti res *fuit*. . . }
Quanti res *est*. . . } Condemna.
Quanti res *erit*. . . }

La primera de estas frases aparece aplicada efectivamente á una accion nacida de un delito, la *actio legis Aquiliæ*; donde la estimacion se coloca en la época del delito, con una cierta extension, sin embargo, perjudicial al deudor y con el carácter de pena *(i)*.

(i) L. 2, pr., ad L. Aqu. (IX, 2): «quanti id in eo anno plurimi *fuit*,

La tercera de estas expresiones la encontraremos aplicada á las acciones libres, é independientemente de nuestra regla, sabemos que respecto á estas acciones se fija la estimacion en la época de la sentencia *(k)*.

Segun la analogía de estos testimonios ciertos, no cabe duda de que la expresion intermedia *(quanti res est)* se aplicaba á las acciones rigurosas, pues en cuanto á ellas nuestra regla, que no es equívoca, refiere la estimacion al momento de la *litiscontestatio*, epoca que, respecto al pretor, redactor de la fórmula, era el tiempo presente. Es verdad que no puedo citar ningun testimonio cierto en apoyo de esta última afirmacion; pero esto se debe á la excasez de textos que contengan fórmulas reales. Cualquiera otra expresion sería inexacta, porque no podría encontrarse ninguna que no contradijera las prescripciones ciertas de nuestra regla.

Voy á citar todavia algunos textos donde aparecen aplicaciones particulares que vienen á confirmar la regla expuesta por Ulpiano sobre la época de la estimacion. Tambien podemos considerarlos como testimonios en apoyo de la primera excepcion (el caso en que se asigna una época á la ejecucion); pues en varios de estos textos la regla y esta primera excepcion aparecen efectivamente reunidas.

1) Respecto á la estipulacion sobre una cosa determinanada, Africano expone la regla en los siguientes términos *(l)*:

«Aliter in stipulatione servatur: nam tunc in tempus spectatur quo agitur.»

2) Con motivo de una estipulacion sobre vino y otras

---

tantum æs domino dare damnas esto. «L. 26, § 5, eod:» quanti ea res *fuit* in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto.» En los dos casos se trata del tiempo *anterior* al delito. Respecto al segundo texto citado, es verdad que el manuscrito de Florencia y la Vulgata dicen *erit* en lugar de *fuit*; únicamente Haloander pone *fuit*. Pero esta última es evidentemente la buena leccion como lo prueba el comentario de Ulpiano sobre estas palabras de la ley que siguen inmediatamente: «hæc verba: quanti in triginta diebus proximis *fuit*» rel. L. 29, § 7 eod., tomado como el texto anterior de Ulpiano. (lib. XVIII ad Ed.).

(*k*) Gayo, IV, § 47, con motivo de la actio depositi in factum concepta: «quanti ea res *erit*, tantam pecuniam... condemnate.» Gayo, IV, § 51, con motivo de la accion resultante de la propiedad y de la actio ad exhibendum: «quanti ea res *erit*, tantam pecuniam... condemna.»

(*l*) L. 37, mandati (XVII, 1).

quantitates, sienta Gayo la regla y la primera excepcion, despues añade que este principio se aplica igualmente á todas las demás cosas (*m*).

«Si merx aliqua, quæ *certo die* dari debebat, petitas sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset *eo die quo dari debuit*: *si de die nihil convenit quanti tunc cum judicium acciperetur*.... Quod et de ceteris rebus juris est.

3) Con motivo de un préstamo de vino sienta tambien Juliano la regla y la excepcion con la negacion formal de la época del contrato y de la época de la sentencia (*n*).

«Vinum quod mutuum datum erat, per judicem petitum est: quæsitum est cuyus temporis æstimatio fieret: utrum cum *datum* esset au cum *litem contestatus* fuisset, au cum *res judicaretur*? Sabinus respondit: *Si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc cum petitum esset.*»

4) La excepcion sola aparece reconocida por Juliano y Celso (*o*) apropósito de una estipulacion *in diem* ó *sub-condictione*.

Despues de haber hablado de la regla y la primera excepcion (el caso en que la época de la ejecucion se determina por el contrato), paso á la segunda excepcion, á saber, la relativa á la *mora* del deudor (*p*). Todos concuerdan en reconocer que la regla experimenta una excepcion destinada á agravar la posicion del deudor, permitiendo al acreedor escojer, entre diferentes épocas de estimacion, la que le sea más ventajosa. ¿Pero cuáles son las épocas entre las cuales puede elegir el acreedor? Sobre este punto se encuentran divididas las opiniones. Los unos dicen que el acreedor puede elegir entre la época de la *mora* y la esta-

---

(*m*) L. 4, de cond. tritic. (XIII, 3).

(*n*) L. 22, de reb. cred. (XII, 1), La pequeña laguna del manuscrito de Florencia no da lugar á dudas de ninguna especie.

(*o*) L. 59, de verb. obl. (XLV, 1); L. 11, de re jud. (XLII, 1).

(*p*) Solo se habló aquí de la *mora* del deudor, que es la única que tiene importancia práctica. Respecto á la del acreedor (á retirar la cosa), encontramos la misma excepcion que para la del deudor, es decir, que su *mora* no debe proporcionarle ventaja, y que su adversario debe elegir entre las dos épocas de la apreciacion. Sólo que los textos que tratan de este punto son ménos claros y decisivos. L. 37, mand. (XVII, 1); L. 3, § 4, de act. emt. (XIX, 1).

blecida por la regla general, cuando la *mora* no existe. Unicamente en el caso en que la *condictio furtiva* se ejercita contra un ladron, aparece la excepcion modificada en el sentido de que éste debe devolver el mayor valor que la cosa haya tenido; no sólo en una ó en otra época, sino tambien en cualquier momento del tiempo intermedio (*q*). Los otros piensan que este rigor desplegado contra el ladron se aplica en general á la *mora*; de manera que esta obliga siempre al deudor á pagar el mayor valor que la cosa haya tenido durante todo el tiempo intermedio (*r*). Por mi parte adopto la primera opinion que establece una distincion entre el deudor y los demás deudores, y la adopto con arreglo á los testimonios siguientes:

I. Textos relativos á la *mora* en general.

1) L. 3, § 3, de act. emti XIX, 1):

«Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, *utro tempore* pluris vinum fuit, *vel* quo venit (*s*), *vel* quo lis in condenationem deducitur (*t*): item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur.»

Este texto habla solo, evidendentemente, de dos épocas, y no de las modificaciones sobrevenidas en el intervalo. Lo cual se encuentra tambien confirmado por la asimilacion completa establecida entre el tiempo y el lugar, pues el comprador no tiene ciertamente que elegir más que entre dos lugares determinados y no entre todos los lugares intermedios.

(*q*) Donelli Comm. in var. tit. Dig. Antverp. 1582, f. Lib. 12, T. 1: L. 22, N. 26, p 157. Schulting theses contr. Th. 37, N. 8, (Comment. ac. T. 3, p. 118). Madai, Mora, § 48, que distingue tambien entre el ladron y los demás deudores, pero que, por lo demás, ha incurrido en más de un error.

(*r*) Huber, prælect. Pand. XIII, 3, § 7, 11. Glück, t. XIII, § 844. Thibaut, § 99, octava ed. 8, y Braunzu Thibaut, § 103. Puchta Pandekten. § 268. nota *f*. Buckka, Einflusz des Prozesses, p. 187, 198.

(*s*) Aquí se supone que ha tenido lugar inmediatamente la entrega, y, por tanto, que existe esta coincidencia entre la época del contrato y la *mora*. De otro modo, esta última circunstancia sería indiferente; tal era en verdad el pensamiento de Pomponio, puesto que al principio del texto presenta la *mora* como condicion de las decisiones siguientes:

(*t*) *Lis* in condenationem deducitur, significa: el litigio ha llegado al término de la condena; es una circunlocucion que designa la época de la sentencia. *Res* in judicium, ó bien, todavía, in intentionem condemnationemve deducitur (L. 2, pr. de exc.), significa: la relacion de derecho se encuentra sometida á la autoridad judicial; ha llegado á ser materia de un proceso; esta es una circunlocucion de la *litiscontestatio*.

2) L. 21, § 3, de act. emti (XIX, 1):

«Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat..... nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quanvis crescat si vinum *hodie pluris sit*: merito: quia sive datum esset, haberem emptor, sive non: quoniam saltem *hodie damdum est* quod jam olim dari oportuit.»

Este texto no habla tampoco de las variaciones de precio sobrevenidas en el tiempo intermedio. Compara únicamente el precio fijado en el momento de la mora, con el fijado *hodie*, es decir, en la época de la sentencia, cuyas bases tienen por objeto determinar nuestro texto.

3) L. 37, mandati (XVII, 1):

«Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur quo agitur: nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: et enim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.»

Se vé aquí que la excepcion tiene por objeto impedir al deudor sacar ventaja de su injusta demora, fin que se consigue por completo dejando al acreedor la eleccion entre las dos épocas de que habla el texto.

4) L. 3, de cond. tritic. (XIII, 3) (*u*).

II. Mora del ladron (*v*).

«Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis œs-

(*u*) Explicaré este texto importante en el § 276 y haré explicacion de él al objeto que nos ocupa.

(*v*) L. 8, § 1, de con. furt. (XXX, 1) de Ulpiano. Lo mismo sucede respecto á la *actio rerum amotarum*, segun el texto siguiente; que confirma el principio sentado aquí. L. 29, rer. amot. (XXV, 2), de Trifonio: «Rerum amotarum æestimatio ad tempus quo amotæ sunt referri debet: nam veritate furtum sit, etsi lenius coercetur mulier... sed si pluris factæ (res) non restituuntur, quæ amotæ sunt, *crescit œstimatio, ut in condictione furtivœ rei.*» Hé aquí otro texto de Ulpiano (L. 2, § 3, de priv. del (XLVII, 1), que ofrece algunas dificultades. Ulpiano dice, citando á Pomponio, que la *condictio furtiva* no excluye la *actio legis Aquiliœ* respecto al mismo objeto: «namque Aquilia eam æstimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit: condictio autem ex causa furtiva *non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus.*» La negacion de la imputacion retroactiva no tiene importancia; pero la colocacion de la estimacion en la época de la *litiscontestatio* (no en la época del delito) contradice formalmente todos los demás textos, tanto sobre la *condictio*, como sobre la *furti actio*. Esta decision formaba parte probablemente de la opinion de Pomponio que Ulpiano transcribe, sin aprobarla directamente. Había, sin duda, controversia sobre este punto, como parece indicarlo la palabra *placet* en la L. 8, § 1, de cond. furt.

timatio fiat quœritur. Placet tamem, *id tempus spectandam quo res unquam plurimi fuit*: maxime, cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur: *semper enim moram fur facere videtur*.»

Al testimonio de estos diferentes textos puede añadirse todavía una consideracion general. Los que quieren extender á todos los casos de la *mora* la disposicion rigurosa dirigida contra el ladron, parten de la suposicion de que si el demandante hubiese recibido inmediatamente la cosa, hubiera escogido para venderla el momento del intervalo en que tuviera mayor valor y ésta es, efectivamente, la base que dan á su doctrina varios autores modernos. Pero la suposicion de que el deudor hubiera aprovechado realmente este beneficio es muy arbitraria é inverosímil, infinitamente más inverosímil que la suposicion de la venta en general de que ántes he hablado (§ 274). Los derechos del demandante se encuentran plenamente garantidos por la eleccion entre las dos épocas, á causa principalmente de la facultad que tiene de ejercitar su accion en el momento que juzga más ventajoso.

La distincion que establezco entre el ladron y los demás deudores, descansa sobre el siguiente motivo tomado de la naturaleza de las cosas. El ladron es considerado como renovando á cada instante su robo. No quiere esto decir que se puedan multiplicar indefinidamente las acciones y presentar de este modo reclamaciones ilimitadas, lo cual sería absurdo. Significa que á cada instante comete el ladron, no un nuevo robo, sino el mismo robo, y por esta causa el propritario robado tiene el derecho de colocar la perpetracion del delito en la época que juzgue más beneficiosa. Tal es el verdadero sentido de la frase *semper enim moram fur facere videtur*. Estas palabras designan una obligacion especial del ladron; no se las debe, pues, aplicar á la continuidad y á los efectos generales de la *mora* que son los mismos en toda clase de deudores. La interpretacion dada á este pasaje aparece fuera de toda duda por un texto de que hablaré muy pronto, relativo á la accion resultante del robo (*la actio furti*). Un motivo puramente práctico de esta severidad es que ordinariamente permanece el ladron largo tiempo desconocido; de modo que el propietario robado no tiene la facultad de ejercitar sus derechos de igual manera que en las

acciones ordinarias. El mismo motivo ha hecho declarar que en semejante caso no hay necesidad de requerimiento para que se constituya la *mora*.

Hasta aquí me he ocupado únicamente de las acciones personales resultantes de los actos jurídicos y de las acciones *in rem*. Réstame decir algunas palabras sobre las acciones fundadas en los delitos.

En ellas, para fijar la época de la estimacion, no se toma el litigio como punto de partida, sino el delito mismo, salvo algunas modificaciones en perjuicio del deudor; encontramos en esta materia los testimonios siguientes:

A) Actio L. Aquiliæ. La época de la estimacion es aquella en que se ha verificado el hecho que motiva la accion y además dicha estimacion se regula por el mayor valor que tuvo la cosa en un tiempo anterior determinado *(vv)*.

B) *Actio furti*. Se toma igualmente por base de la estimacion la época del delito (*x*). Pero si en una época posterior la cosa tenía un valor más grande, se regula conforme á este valor, pues en esta época ha sido tambien cömetido realmente el robo (*y*):

«.....Idemque etsi nunc deterior sit, æstimatione relata in id tempus quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum, quanti tunc quum pretiosior facta sit, fuerit, æstimabitur: quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.»

Estas últimas palabras confirman plenamente lo que ántes he dicho sobre la mora en el caso de la *condictio furtiva*.

Si se pregunta ahora cuáles son, entre estas reglas sobre la época de la estimacion, las que son todavía aplicables al derecho actual, no es dudosa la respuesta. Dos de estas reglas han perdido para nosotros su valor práctico; son á saber: las relativas á las acciones rigurosas, que no existen hoy, y las relativas á las acciones fundadas en los delitos, porque carecemos tambien de esta clase de acciones. Todas las demás, es decir, la mayor parte de las reglas precedentemente expuestas sobre la época de la estimacion

---

(*vv*) L. 21, § 1, ad L. Aquil. (IX, 2).
(*x*) L. 9, de in litem iur. (XII, 3).
(*y*) L. 50, pr., de furtis (XLVII, 2).

son tan aplicables al derecho actual como al derecho romano.

§ CCLXXVI. *Efectos de la litiscontestatio.*—II. *Extension de la condena.* —b) *Disminuciones.—Época de la estimacion.* L. 3 *de cond. tritic.*

En la indagacion precedente sobre la época de la estimacion (§ 275) hemos encontrado controvertidas algunas cuestiones particulares; pero los puntos capitales nos parecían solidamente fundados, principalmente la regla que fija la *litiscontestatio* como la época de la estimacion para las acciones rigurosas y la sentencia para las acciones libres. Hemos encontrado esta regla principal, expresada en términos tan claros y precisos (§ 275, *b*), que no parecía susceptible de la menor duda.

Pero esta certidumbre en que con gran seguridad descansabamos se encuentra fuertemente quebrantada por un texto de Ulpiano que parece contradecir directamente la parte de la regla relativa á las acciones rigurosas, esto es, á aquellas en que la duda podía presumirse ménos *(a)*:

«In hac actione si quœratur res quœ petita est cujus temporis æstimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, *condemnationis* tempus spectandum.»

La accion de que aquí se trata es la *condictio triticaria,* esto es, una accion rigurosa por la cual se reclama una cosa distinta de una suma determinada de dinero *(b)*; se supone aquí, sin duda, una estipulacion que sirve de base á la accion. La prueba de que aquí se trata realmente de esta accion, resulta, no solo del lugar que este texto ocupa en el Digesto, pues podría admitirse una inadvertencia de los compiladores, sino tambien de la circunstancia de que en otro texto, tomado de la misma obra de Ulpiano, se trata inmediatamente ántes y con detalles de la *condictio triticaria* (notas, *a*, *b*).

Ahora bien; Ulpiano nos dice, sobre esta *condictio,* que la estimacion debe referirse á la época de la condena y no,

---

(a) L. 3, de cond. trit. (XIII, 3), tomado de Ulpiano, lib, XXVII, ad Ed.

(b) L. 1, pr., de cond. trit. (XIII, 3), tomado del mismo libro de Ulpiano ad Ed. que la L. 3, cit. V. t. IV, p. 382-383.

como debiamos suponerlo, á la época de la *litiscontestatio*.

En todo tiempo se han hecho grandes esfuerzos para resolver esta contradiccion formal é imprevista y se han propuesto diferentes explicaciones; pero tan arbitrarias é infundadas, en su mayor parte, que casi no se explica cómo han podido contentarse con ellas.

Se ha dicho que la *condictio triticaria* no era *stricti juris*, sino *bonæ fidei*, y que pertenecía al *jus gentium* (*c*); asercion insostenible áun ántes del descubrimiento de Gayo.

Otros han dicho que las diferentes épocas para la estimacion se regulaban, no segun la distincion entre las acciones rigurosas y libres, sino segun el objeto de la obligacion; que las *quantitates* se estimaban en la época de la *litiscontestatio* y las cosas individuales en la época de la sentencia (*d*). Pero estos autores, por un procedimiento arbitrario, relegan al último extremo, el texto capital de Ulpiano (§ 275, *b*), donde en términos tan claros y formales aparece la regla general; y, principalmente, no tienen en cuenta el texto de Gayo (§ 275, *m*) que, hablando de la *condictio* y de las *quantitates*, coloca la estimacion en la época de la *litiscontestatio* y despues añade estas palabras decisivas: *quod et de ceteris rebus juris est* (*e*).

Otros han incluido en la primera parte del texto la existencia de la *mora*, que evidentemente no figura más que en la segunda parte, y áun con reglas del todo diferentes; trasposicion que invierte completamente el órden y la ilacion de las ideas (*f*).

(*c*) Cocceji jus controv. XIII, 3, qu. 2, con la observacion de Emminghaus. Aquí se discuten las opiniones más singulares y ménos fundadas sobre la clasificacion de las acciones.

(*d*) Esta opinion, difícil de comprender, se encuentra en Donelo, que ha examinado ámpliamente este texto en varias de sus obras. Donelli Comm. in var. tit. Dig.: Antverp. 1582, f. et lib. 12, T. 1; L. 22, N. 5, 19, 21, 26, et lib. 13, T. 3; L. 3, N. 12, 13, 25. Señalaré en seguida una particularidad muy notable que presenta el primero de estos textos.

(*e*) Las tentativas hechas para explicar este texto, nos prueban que en derecho romano, para sacar fruto de una investigacion es necesario descubrir primero los textos decisivos, establecerlos como base invariable, y discutir despues con una entera imparcialidad. La mayor parte de los autores, por el contrario, en los casos más difíciles, como el que nos ocupa, comienzan por establecer las teorías, á las que despues ajustan, bien ó mal, los testimonios de las fuentes.

(*f*) Cuyacio, in L. 59, de verb. obl. Glück, t. XIII, § 844, p. 271-300. Liebe, Stipulation, p. 54-55.

Recientemente se ha propuesto para resolver la dificultad una correccion del texto (*g*), y leer *contestationis* en lugar de *condemnationis*, lo cual sería sencillamente la confirmacion de la regla general. Pero, en primer lugar, ¿cómo explicarnos que haya tenido lugar esta sustitucion en todos los manuscritos, sin excepcion alguna, y que no se encuentre en ellos ningun vestigio de la menor variante? Esta es una objecion que no pierde su fuerza ni áun teniendo en cuenta el pequeño número de letras que hay que cambiar. Por otra parte, en ningun lugar se encuentra empleada en este sentido la palabra *contestatio* sola y sin la adicion de *litis* ó de *judicii* (§ 257, *f*).

Tambien podría tratarse de explicar la contradiccion real ó aparente, admitiendo una controversia entre los jurisconsultos ó un cambio del antiguo derecho por el derecho nuevo. Pero debe abandonarse por completo semejante tentativa si se reflexiona que los dos textos principales que se tratan de conciliar estaban colocados á muy corta distancia uno de otro en la misma obra de Ulpiano (*h*).

La importancia, asi como la dificultad de nuestro texto, consiste en las palabras *condemnationis tempus*. Ahora bien, *condemnatio* tiene en derecho romano dos significaciones diferentes, aunque análogas, cuyo empleo es igualmente legítimo y que podemos admitir igualmente cuando se trata de interpretar un texto en que se encuentre esta palabra.

Condemnatio designa, en primer lugar, una de las cuatro partes principales de la fórmula, á saber, la instruccion práctica dada por el pretor al *judex* para la condena ó la absolucion. Esta es la *condemnatio a prœtore concepta*.

Pero *condemnatio* designa tambien la sentencia pronunciada por el *judex*, la *res judicata*, en tanto que rechaza las conclusiones del demandado. Esta es entónces la *condemnatio a judice prolata*, la ejecucion de las instrucciones del pretor (*i*).

La palabra *condemnatio*, tomada en su primera acepcion,

(*g*) Huschke, en la Zeitschrift de Linde, t. XX. p. 267.
(*h*) Nuestro texto está tomado del libro 27, la L. 3, § 2, commod. del libro 28, de Ulpiano ad edictum.
(*i*) Gayo, IV, § 39, 43, 44.

es rigurosamente extraña al derecho justinianeo, pero se comprende muy bien que se encuentre en él alguna vez como tantas otras expresiones del mismo género. Tenemos un texto que prueba incontestablemente mi afirmacion (*k*):

«Exceptio... opponi actioni cujusque rei solet, ad excluendum (*l*) id *quod in intentionem condemnationemve deductum est.*»

Admitamos esta primera significacion en nuestro texto y todo entónces resulta claro, y la contradiccion se convierte en una concordancia perfecta. El *condemnationis tempus* equivale á *formulæ conceptæ tempus*, la parte tomada por el todo, ó bien, en otros términos, equivale á la época de la *litiscontestatio*, pues la redaccion de la fórmula y la *litiscontestatio* son hechos simultáneos (*m*).

Estoy muy léjos de desconocer las objeciones que pueden presentarse contra esta teoría y voy á discutirlas sucesivamente.

1) Puede objetarse que Ulpiano hubiera cometido un peligroso equívoco, escogiendo para designar el contraste del *rei judicatæ tempus* una expresion igualmente aplicable al tiempo que él quería excluir.

Esta objecion sería grave si debiera necesariamente admitirse que el jurisconsulto tuvo en cuenta este contraste. Pero como nuestro texto implica la existencia de una estipulacion, el contraste que se presenta más naturalmente al espíritu, porque responde al carácter riguroso de la estipulacion, es el de la fecha del contrato. Tal era, sin duda, el pensamiento de Ulpiano, y hé aquí algunas consideraciones

---

(*k*) L. 2. pr., de excep. (XLIV, 1), tomado de Ulpiano, lib. LXXIV, ad Ed. Podría pretenderse explicar de igual manera las palabras de la L. 3, § 3, de act. emti: «quo lis in condemnationem deducitur;» pero en realidad estas palabras designan la época de la sentencia. V. § 275, *t*.

(*l*) En el manuscrito de Florencia se lee *cludendum*, de donde se han querido sacar algunas correcciones; pero el texto de la Vulgata que he transcrito, no presenta dificultad alguna.

(*m*) ¡Cosa singular! Donelo desenvuelve esta significacion de *condemnatio* con la misma claridad y precision que si tuviese á Gayo ante sus ojos (V. más arriba. nota *d*: este pasaje se encuentra en el núm. 26, pág. 196): pero saca malísimo partido de esta adivinacion extraordinaria. En lugar de aplicar el verdadero sentido de *condemnatio* á nuestra L. 3, de cond. tritic., poniéndola así de acuerdo con otros textos, alega la L. 3, § 3, de act. emti., que no tiene relacion alguna con nuestro asunto, y cuyo sentido resulta falseado por esta aplicacion errónea.

que añaden gran verosimilitud á esta suposicion. Entre el contrato y la *litiscontestatio* podia trascurrir un largo espacio de tiempo, durante el cual era susceptible la cosa litigiosa de numerosas modificaciones. Cuando, por el contrario, se entablaba un litigio sobre una cosa tan simple como una estipulacion relativa á un esclavo, el procedimiento romano dejaba entre la *litiscontestatio* y la sentencia un intervalo demasiado corto para que la cosa litigiosa debiera experimentar un cambio considerable. Sí, pues, Ulpiano tenía en cuenta la fecha del contrato y quería excluír este contraste *(n)*, la palabra *condemnatio* empleada para designar la *litiscontestatio* no ofrecía el menor inconveniente.

2) Admitiendo que la palabra *condemnatio*, tomada en este sentido, no diese lugar á ningun equívoco, el empleo de esta locucion es demasiado raro para ser verosímil.

A esto respondo que el empleo de la *condemnatio* como sinónimo de *res judicata* para designar la época de la sentencia, es una locucion no ménos rara.

3) Por último, y esta objecion es la más especiosa de todas. No se explica la razon de que Ulpiano haya sustituido la expresion tan sencilla *litiscontestatio* con la ménos directa y ménos técnica *condemnationis tempus*.

Es difícil indicar el motivo de toda locucion poco usada; aquí, sin embargo, no es imposible esta explicacion. La locucion escogida debía al mismo tiempo contener la justificacion de la proposicion que expresaba. Como, segun las diferentes épocas para la estimacion, había tres fórmulas de condena, á saber: quanti res *fuit*, *est* ó *erit*, y como en nuestro caso la condictio entrañaba la segunda forma (quanti res est), es decir, el tiempo presente (p. 134) resultaba necesariamente de aquí que la estimacion debía referirse á la época de la *condemnatio*, es decir, á la época de la *litiscontestatio*. Bajo esta relacion la frase empleada era inteligible y concluyente para todo lector romano, pues el uso hacía familiar á cada uno la redaccion de las fórmulas.

(*n*) De igual manera, Juliano cree necesario, en la L. 22, de reb. cred., (V. § 275, *n*), excluir formalmente la época del contrato y la de la sentencia, con el fin de establecer como regla el momento de la *litiscontestatio*. Este ejemplo, hace todavía más verosímil el pensamiento que atribuyo á Ulpiano.

Una vez explicada esta parte del texto, que es la más difícil é importante, resulta posible entenderlo en su conjunto como se vé en el siguiente sumario resúmen.

Nuestro texto habla de la *condictio triticaria* referente á la estipulacion de una cosa que, primero indeterminada, se designa, despues, como un esclavo. Se ocupa de fijar la época de la estimacion, primero, para el caso en que no exista *mora,* segundo, para el caso contrario. En el primero, hay que hacer una distincion, segun que el esclavo esté vivo ó hubiese muerto; y en este punto se presentan tres hipótesis principales. Si no hay *mora* y el esclavo está vivo, se fija la estimacion en la época de la *litiscontestatio*, y si el esclavo ha muerto en la época de la muerte. Si hay *mora* y la época de ésta da un valor más grande, el demandante puede fijar la estimacion en esta última época, ora el esclavo esté vivo, ora haya muerto. Trátase ahora de encontrar en el texto estas diversas proposiciones y particularizarlas.

Primer caso. El esclavo está vivo y no hay *mora.* La estimacion se fija en la época de la *litiscontestatio* (*condemnationis tempus*).

«In hac actione... spectandum.» He explicado ya detalladamente esta parte del texto.

Segundo caso. El esclavo ha muerto y no hay *mora.*

«Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus... erit spectandum...» (*o*).

Se trata aquí de determinar la época en la cual, segun la hipótesis de Ulpiano, ha muerto el esclavo. Ciertamente que no es despues de la *litiscontestatio*, pues entónces no habría motivo alguno para no referir la estimacion, como en el primer caso, á la época de la *litiscontestatio.* Se debe, pues, colocar la muerte entre el contrato y la *litiscontestatio*, es decir, ántes de esta. Debe suponerse, además, que la muerte haya tenido lugar en circunstancias que obliguen al demandado á una indemnizacion, sin lo cual no podría tratarse de

---

(*o*) Hay todavía en el texto una proposicion incidental que nada tiene de comun con las cuestiones que nos ocupan, y que he omitido por no interrumpir el encadenamiento de las ideas principales. El momento de la muerte, se dice, no debe tomarse al pié de la letra, porque un esclavo en la agonía, aunque vivo, ha perdido ya todo su valor.

estimacion alguna. La muerte del esclavo ha de atribuirse, por tanto necesariamente, no á un caso fortuito, sino al *dolus* ó á la culpa del deudor (*p*). La estimacion del esclavo se coloca entónces en la época de la muerte, no como en el primer caso, en la de la *litiscontestatio*; y en efecto, en esta última época no hay ya esclavo que pueda ser estimado.

Tercer caso. Hay *mora* y no se distingue si el esclavo ha muerto ó está vivo.

«In utroque autem (*q*), si post moran deterior res facta sit, Marcellus scribit, lib. XX, habendam æstimationem quanti deterior res facta sit. Et ideo, si quis post moran servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio.»

No se dice que en el caso de la mora dejen de ser aplicables las reglas anteriores. Le son, en efecto, igualmente aplicables, salvo una modificacion posible en beneficio del demandante. Cuando despues de la *mora* ha permanecido el mismo el valor del esclavo ó aumentado este valor, no se habla de modificacion alguna. Si, por el contrario, dicho esclavo ha disminuido de valor (*si deterior res facta sit*) como por ejemplo, si ha perdido un ojo, el demandante puede exigir que la estimacion del esclavo hecha segun las reglas precedentes, se aumente con el valor que el esclavo ha perdido despues de la *mora* (*quanti deterior facta sit*); en otros términos: el demandante tiene el derecho de colocar la estimacion en la época en que comienza la *mora* (*ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio*. De todo esto resulta claramente que el demandante puede elegir entre dos épocas de estimacion; en ninguna parte aparece la cuestion sobre un valor mayor en el tiempo intermedio (§ 275, *u*). Se vé claramente tambien el motivo de aplicarse en el caso de la *mora* la misma regla *in utroque*. En efecto, la única modificacion resultante de la *mora* es que el demandante puede elegir para la estimacion entre la *litiscontestatio* y la *mora*, ó entre la muerte y la *mora*.

(*p*) L. 91. pr. de verb. obl. (XLV, 1). V. § 272, in f.

(*q*) Es decir, sive vivat servus, sive mortuus sit. Esta progresion en la marcha de las ideas muestra cuan vacía es la opinion de los que dan por supuesta la existencia de la *mora* en el principio del texto (nota *f*).

§ CCLXXVII. *Efectos de la litiscontestatio.—II Extension de la condena.—b) Disminuciones. Cambio en el precio.*

Me he ocupado hasta aquí de las disminuciones objetivas, es decir, de los cambios exteriormente apreciables que puede sufrir la cosa litigiosa. Paso á las disminuciones cuya naturaleza es invisible, puesto que consisten en un simple cambio de precio (§ 272). Se distinguen de las disminuciones objetivas en que son susceptibles de una aplicacion mucho más extensa. En efecto, las disminuciones objetivas sólo pueden versar sobre cosas individualmente determinadas que son únicamente perjudicadas ó destruidas, ora por caso fortuito, ora por la falta del deudor, mientras que la disminucion de precio alcanza de igual modo á una *quantitas* que á una cosa individual y produce los mismos efectos ya se trate de una entrega de cien fanegas de trigo en general ó de la reivindicacion de cien fanegas de trigo determinadas que se encuentren en poder de otro.

Mas, para abrazar por completo esta parte de nuestra indagacion, es necesario estudiar el asunto bajo dos fases distintas y examinar primero los casos que presentan, no una disminucion, sino un aumento de precio y despues los casos complejos donde á la disminucion de precio se junta una disminucion objetiva de la cosa litigiosa.

En derecho romano, los casos de disminucion de precio, no aparecen especialmente tratados ni distinguidos de los casos de disminucion objetiva; pero no puede caber duda de que estos casos se tomaban en consideracion, pues varios textos hablan expresamente de los artículos que alimentan el mercado público, tales como el vino y el trigo *(a)*; y aquí la variacion de precios es una circunstancia demasiado importante para que las decisiones judiciales no la hubiesen tenido en cuenta.

Es evidente que pueden presentarse las mismas cuestiones relativamente á otras cosas distintas de los artículos de comercio. Aún respecto á los inmuebles, no es raro ver una alza ó una baja general de precio. Sin embargo, estas

---

(*a*) L. 3, § 3; L. 21, § 3, de act. emti (XIX, 1); L. 4, de cond. trit. (XIII, 3); L. 22, de reb. cred. (XII, 1). V. § 275.

cuestiones ofrecen entónces mucha ménos importancia práctica, porque la dificultad de fijar cifras ciertas no permite más que en circunstancias excepcionales la aplicacion de las reglas arriba expuestas. Debo añadir que, respecto á semejantes objetos la variacion general de precio sólo puede hacerse constar despues de un largo espacio de tiempo, de manera que ejerce difícilmente inflencia sobre la duracion del proceso; en artículos de comercio, por el contrario, las variaciones de precio suelen ser tan rápidas como ciertas.

Trátase ahora de definir la naturaleza jurídica de estos diversos cambios. El aumento de precio tiene todos los caracteres de una adquisicion accidental que se refiere á la propiedad de otro bien (275). En un acrecentamiento íntimo de la cosa que tiene absolutamente la misma naturaleza que el acrecentamiento de un campo por aluvion. La disminucion de precio, por el contrario, tiene todos los caracteres de la disminucion accidental, es decir, de la que se verifica sin *dolus* ni *culpa* del deudor, y que está sometida á las reglas cuya aplicacion hemos visto más arriba (§ 273). La llamo disminucion accidental de precio, porque se refiere á hechos generales fuera de las influencias individuales, ya tengan estas por causa la situacion del comercio, del Estado ó de la localidad.

La semejanza completa que existe entre la disminucion de precio y la disminucion objetiva de que ántes he hablado resulta con evidencia de las siguientes consideraciones. Cuando una reivindicacion tiene por objeto la propiedad de un cierto número de acciones industriales individualmente determinadas, pueden sobrevenir diversos cambios durante la sustanciacion del litigio. Estas acciones, emitidas á ciento, pueden haber bajado á cincuenta, ó áun á cero, si la empresa se ha arruinado por completo. La mitad ó la totalidad de las acciones reclamadas puede haber perecido en un incendio. Semejantes pérdidas, cualquiera que sea su causa, tienen evidentemente la misma importancia y el mismo resultado para los bienes del titular.

Paso ahora á la exposicion de las reglas de derecho sobre los diferentes casos de disminucion de precio respecto á las cuales las consideraciones precedentes, no eran más que un preliminar. Estas reglas son absolutamente las mis-

mas que las establecidas más arriba (§ 275) relativamente á las disminuciones objetivas y á la época de la estimacion.

Primer caso. Acciones rigurosas en las que no hay motivo para la aplicacion de medidas excepcionales. La estimacion se colocaba en la época de la *litiscontestatio*; pero este caso no existe ya en el derecho actual.

La subida ó la disminucion del precio anterior á la *litiscontestatio*, no ejerce aquí influencia alguna, puesto que en cada instante puede el deudor extinguir su obligacion por medio de una ejecucion voluntaria y el acreedor provocar la *litiscontestatio* intentando su accion.

Toda variacion de precio posterior á la *litiscontestatio*, queda igualmente sin influencia alguna, pues la regla que refiere la época de la estimacion á la *litiscontestatio*, tiene por objeto fijar esta época de una manera inmutable.

Así, pues, tanto respecto á las variaciones de precio, como respecto á las disminuciones objetivas de la cosa litigiosa, es la *litiscontestatio* la época definitiva para la estimacion.

Segundo caso. Acciones libres, donde nada motiva la aplicacion de medidas excepcionales. Aquí se coloca la estimacion en la época de la sentencia y ésta es la regla seguida igualmente en el derecho actual respecto á las acciones que en derecho romano entraban en el primer caso.

Esta regla no tiene en cuenta ninguna elevacion de precio (sea ántes ó sea despues de la *litiscontestatio*). Si dichas subidas ocasionan un perjuicio al demandado, debe éste imputárselo á sí mismo, puesto que siempre es dueño de extinguir su deuda pagando y de evitar, así, el perjuicio que puede ocasionarle una ulterior subida de precio.

Si hay baja de precio ántes de la sentencia no es ménos aplicable la regla, pero con la distincion siguiente. Si el demandado es un poseedor de mala fé responde de la disminucion de precio posterior á la *litiscontestatio*; de igual manera que debería una indemnizacion si en la misma época, la cosa, en lugar de disminuir de valor, hubiera sido destruida ó deteriorada por accidente fortuito (p. 119).

Tercer caso. Accion personal resultante de una obligacion que fija la época de la ejecucion del contrato.

Se toma aquí por base de la estimacion el precio existente en esta época.

Una alza ó una baja anterior de precio es indiferente, puesto que una ejecucion anterior del contrato no estaba en la intencion, ni siquiera en la prevision de las partes mismas.

Una alza ó baja posterior es tambien indiferente, puesto que, habiendo fijado el contrato la época de la ejecucion con todas sus consecuencias, estas aparecen aceptadas por ambas partes. Sin embargo, en semejante caso, la existencia de la *mora* da ordinariamente lugar á la aplicacion de la regla del cuarto caso.

Por lo demás, este tercer caso es muy frecuente é importante en la práctica; abraza esa multitud de contratos que tienen por objeto entregas de mercancías en determinado plazo.

Cuarto caso. Acciones personales, cuando la mora comienza ántes del litigio ó existía ya anteriormente.

La alza ó la baja de precio anterior á la *mora* es indiferente.

La alza ó la baja posterior á la *mora* no puede nunca causar perjuicio al demandante, pues éste es enteramente libre para elegir la época de la estimacion.

Con esto no se hace injusticia alguna al demandado, pues este perjuicio eventual es una consecuencia bien merecida de la *mora*.

Réstame sólo entrar en algunos detalles sobre la aplicacion de estas diferentes reglas. Dicha aplicacion da lugar á las distinciones siguientes.

1.) En el antiguo derecho romano esta aplicacion era mucho más extensa que lo fué más tarde. En efecto, debiendo referirse todas las condenas á una suma de dinero (*b*), encontraban estas reglas en cada caso su aplicacion directa; pues para determinar el importe de la condena era preciso tomar en consideracion el estado objetivo de la cosa litigiosa y su valor venal calculado conforme á las expresadas reglas.

2) Este estado de cosas fué completamente modificado por el derecho justiniáneo, que constituye tambien el derecho actual. Cuando la cosa litigiosa existe todavía na-

---

(*b*) Gayo, IV, § 48.

turalmente, la condena versa sobre la cosa misma y no sobre una suma de dinero. En último resultado, esto equivale á la estimacion hecha (con arreglo á la segunda de las reglas arriba expuestas) en la época de la sentencia. Cuando hay disminucion de precio ántes de la sentencia y por excepcion responde el demandado de toda disminucion accidental, es decir, en el caso en que se ejercita la reivindicacion contra un poseedor de mala fé y en el caso de la *mora*, la restitucion se hace tambien materialmente, pero se añade una suma de dinero igual á la disminucion, de manera que la regla recibe una ejecucion plena y completa.

3.) Un caso que merece una atencion particular es aquel en que el demandado previene la condena, dando voluntariamente satisfaccion al demandante. Cuando la accion era arbitraria la restitucion ordenada por el *judex* provocaba una determinacion semejante; y, cualquiera que fuese la naturaleza de la accion, el demandado podía usar siempre de esta facultad (*c*).

Parece ahora que en el caso en que la estimacion hecha segun las reglas expuestas más arriba era superior al valor actual de la cosa, el demandado podía anular el derecho de su adversario, puesto que se libraba definitivamente de la restitucion material de la cosa.

Pero aquí se encuentra protegido el demandante por las reglas de derecho sobre la restitucion. Esta, en efecto, no resulta únicamente de la entrega material de la cosa, sino que implica además la *omnis causa*; y en el caso que nos ocupa, ésta comprende precisamente una indeminacion pecuniaria igual al aumento de valor (*d*).

4) Resta, por último, el caso complejo en que en un solo y único litigio se combine la disminucion objetiva de la cosa con la disminucion de precio.

La decision en este caso no puede ser dudosa, puesto que

(*c*) Gayo, IV, § 114,

(*d*) L. 75, de V. S. (L. 16): «Restituere is videtur qui id restituit quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.» De igual manera, en las L. 35, L. 246, § 1, eod.; y L. 9, § 8, ad exhib. (X, 4). Por aplicacion de este principio, se dice expresamente que el deudor constituido en *mora* no se libra entregando la cosa prometida, si en el intervalo ha sido deteriorada, aunque lo haya sido por accidente fortuito. Véase ántes p.

la aplicacion completa de nuestra regla puede producir una sentencia compuesta de dos factores. El ejemplo siguiente hará más sensible el asunto.

Cuando se reclama en justicia la restitucion de acciones industriales y estas acciones son robadas durante el proceso debe la sentencia tomar en consideracion diversas circustancias. Desde luego, el demandado debe devolver el valor de las acciones robadas, porque el robo hace presumir la *culpa* del poseedor, y segun la regla, este valor es estimado en la época de la sentencia. Pero si el demandado es un poseedor de mala fé y durante el tiempo transcurrido entre la *litiscontestatio* y la sentencia ha bajado el curso de las acciones, el demandado responde además de esta diferencia. Así, en semejante caso, debe dos indeminaciones, independientes una de otra, y fundadas en dos reglas de derecho diferentes: primero, por la pérdida causada por el robo, en consecuencia de su *culpa*; segundo, por la pérdida resultante de la baja accidental, porque por punto general, á partir de la *litiscontestatio*, el poseedor de mala fé responde de todo perjuicio ocasionado por accidente fortuito.

§ CCLXXVIII. *Del lugar que ocupa la litiscontestatio y de sus efectos en el derecho actual.*

He descrito más arriba (§ 257) con detalles la *litiscontestatio*, tal como figura en el procedimiento por fórmulas del antiguo derecho romano, y he señalado como rasgo característico el poco intervalo que, comparativamente á las eventualidades del procedimiento romano, separaba la *litiscontestatio* de sus consecuencias desde el principio del litigio.

El derecho justiniáneo no parece haber destruido completamente esta relacion, como tampoco los elementos esenciales de la *litiscontestatio*. Sin embargo, había introducido ya graves modificaciones, y principalmente había establecido entre la *litiscontestatio* y el principio del litigio, un plazo legal de dos meses.

El derecho canónico dejó subsistir este último estado de cosas. Más importante que las anteriores es la modificacion introducida por las leyes del Imperio al asignar á la *litiscontestatio* un nuevo lugar en el conjunto del procedimiento (§ 259).

No obstante, el procedimiento del derecho comun de Alemania no se ha contentado con estas modificaciones; las necesidades de los tiempos posteriores han encontrado nuevas vías jurídicas para obtener satisfaccion.

Sin duda, en el procedimiento por protocolos, instruido ante el juez único de los tribunales inferiores, se reconocía fácilmente la antigua forma de la *litiscontestatio*, y no ofrece inconveniente alguno su aplicacion; pues basta una direccion firme é inteligente para satisfacer las verdaderas necesidades de la prática.

Pero otra cosa sucede en el procedimiento del derecho comun de Alemania, basado en las cuatro piezas escritas, tal como ha sido adoptado por todos los tribunales superiores, compuestos de varios jueces, y por diversos tribunales inferiores. Creer que las reglas de procedimiento del derecho romano, ó áun las de las leyes del Imperio le sean realmente aplicadas, sería hacerse una ilusion. Si se quisiera mantener la letra del derecho romano y referir los efectos de la *litiscontestatio* á la parte del procedimieuto escrito que corresponde al contenido de la *litiscontestatio* romana sería preciso colocar esta época decisiva al fin del primer período del procedimiento, es decir, en el momento de la presentacion de la dúplica ó en el de la pronunciacion de la interlocutoria sobre las pruebas; pues en esta época pueden admitirse como deducidas seguramente las excepciones, las réplicas y las dúplicas, actos todos que supone incontestablemente la *litiscontestatio*.

Sin embargo, no se ha tratado nunca de seguir con semejante rigor la letra del antiguo derecho romano; primero, porque no se tenía conocimiento suficiente de este procedimiento; segundo, porque no lo exigía realmente ninguna necesidad de la práctica. Combinando las disposiciones de las leyes imperiales y modificando el sentido de esta expresion técnica, tomada del derecho romano (§ 259), se consideró como *litiscontestatio* la contradiccion del demandado á los hechos alegados por el demandante y se designó con dicho nombre el primer acto escrito comprensivo de las excepciones, presentado por el demandado. Este lugar asignado á la *litiscontestatio*, además de no coadyuvar de una manera ventajosa al objeto definitivo del procedimiento, tiene un inconveniente grave; permite al demandado diferir

arbitrariamente la *litiscontestatio* causando así gran perjuicio á los derechos del demandante (§ 259).

Puede eludirse ó atenuarse, al ménos, este inconveniente, atribuyendo los efectos de la *litiscontestatio* al primer acto de procedimiento, cualquiera que sea el objeto de este acto, y admitiendo una *litiscontestatio* ficticia cuando un demandado de mala fé rehusa ó difiere contestar sobre los hechos (*a*).

Mas, desde luego, esto sería cambiar, con muy buena intencion, el derecho existente, y no hacer su aplicacion; además, nada se habría ganado realmente. Esta *litiscontestatio* ficticia sería una vana formalidad, é idea arbitraria y poco fundada en razon la de atribuir efectos importantes al primer acto de procedimiento, independientemente de su contenido. La necesidad atestiguada por esta tentativa nos lleva evidentemente á avanzar un paso más y dar por punto de partida á las consecuencias importantes de la *litiscontestatio* el momento en que, por intervencion del magistrado, tiene el demandado conocimiento cierto del intentado litigio; esto es, la época de la insinuacion de la demanda. Aunque el papel del demandado sea aquí puramente pasivo, esto no obsta para considerar la insinuacion como base de una obligacion; es decir, como un cuasi-contrato; porque si en derecho romano el demandado toma una parte activa en la *litiscontestatio*, su voluntad no es más libre que cuando adquiere conocimiento de la demanda que le es denunciada por el magistrado. Así, pues, adoptando el medio que propongo, nos separamos mucho ménos de lo que á primera vista parece de los principios esenciales del derecho romano, y, al mismo tiempo, evitamos completamente los peligros que hemos indicado.

Antes de continuar nuestra indagacion es necesario determinar bien las consecuencias y la importancia práctica de las consideraciones que preceden. Desde luego advierto que me ocupo únicamente de las consecuencias relativas al fondo del derecho y este es el objeto exclusivo de toda esta investigacion. La influencia de la *litiscontestatio* sobre la

---

(*a*) Pufendorf, Obs. IV, 94; Göschem, Vorlesungen, t. I, p. 175 Wächter, H. 3, p. 87.

marcha del procedimiento está fuera de nuestro propósito y no descansa en manera alguna sobre los mismos principios que los efectos de que aquí se trata. Así, por ejemplo, se dice que la *litiscontestatio* excluye la presentacion de toda excepcion nueva; se dice igualmente que en la época de la *litiscontestatio* se encuentra definitivamente fijado el estado de la demanda. Pero en realidad estas consecuencias se derivan de la primera declaracion del demandante por sí misma, independientemente de lá cuestion de saber si esta declaracion contiene una *litiscontestatio* ó en qué consiste esta última. Se dice tambien que despues de la *litiscontestatio* puede ser alegada la incompetencia del juez; pero esta no es tampoco consecuencia de la *litiscontestatio* como tal, ó de su contenido, cualquiera que sea el que se le atribuya, sino del principio segun el cual el que comparece ante un juez sin oponer su incompetencia proroga su jurisdiccion y se somete voluntariamente á la decision en que deba intervenir.

La necesidad imperiosa que ántes he señalado conducía á referir los efectos de la *litiscontestatio* á una época anterior del procedimiento y á cambiar la forma del derecho romano, respetando enteramente su espíritu. Esta necesidad, aunque sin darse cuenta de ello, ha sido reconocida desde hace largo tiempo, como lo prueba, segun he dicho ya, el haberse restringido la *litiscontestatio* á una simple declaracion del demandado sobre los hechos de la demanda. Esta modificacion esencial de las ideas del derecho romano tenía precisamente por objeto facilitar la *litiscontestatio* y adelantar su fecha.

Semejante necesidad se encuentra tambien atestiguada por la doctrina que pretende que el nuevo derecho romano mismo había adelantado ya la época de la *litiscontestatio*. Hé hecho ver que esta doctrina se encuentra fundada en hechos históricos mal comprendidos referentes á la peticion de herencia (§ 264). Cualquiera que sea la opinion que se adopte sobre esta cuestion, es evidente que todos los textos del derecho romano, citados por mis adversarios, se limitan á la peticion de herencia, miéntras que respecto á las demás acciones del derecho romano, únicamente la *litiscontestatio* aparece como el término decisivo. El haberse desconocido ó ignorado esta desproporcion entre los testimonios

de las fuentes y el haberse atribuido á las decisiones sobre la peticion de herencia una generalidad que desmienten tantas otras decisiones contrarias, se debe á la necesidad más arriba señalada, necesidad legítima, pero que se trataba de satisfacer por medios impropios que la crítica desaprueba.

Existe sobre la cuestion que nos ocupa una gran divergencia de opiniones, de las que voy á ocuparme sucesivamente.

Algunos autores asientan como principio que la regla primitiva del derecho romano subsiste siempre, por lo que las consecuencias tocantes al fondo del derecho deben siempre tambien referirse á la *litiscontestatio*, salvo, sin embargo, diversas excepciones que pretenden fijar (*b*).

Otros admiten una modificacion completa de la regla, pues sustituyen en el derecho actual á la *litiscontestatio*, como punto de partida de las principales consecuencias, la insinuacion de la demanda hecha al demandado (*c*). Esta doctrina presenta igualmente modificaciones secundarias.

Otros, en fin, y este es el mayor número de los autores modernos, no admiten ni una ni otra de estas reglas y pretenden que respecto á cada una de las importantes consecuencias referentes al fondo del derecho, es preciso buscar y establecer un punto de partida especial (*d*).

Refiriéndome á los motivos arriba desenvueltos y reconociendo la nueva necesidad que es indispensable satisfacer, me declaro por la segunda opinion; pienso que la insinuacion de la demanda reemplaza hoy á la *litiscontestatio* de los romanos, y así, que la insinuacion entraña, respecto al fondo del derecho, todas las consecuecias que el derecho romano refería á la *litiscontestatio*: este es el único medio eficaz de asegurar al demandante la misma proteccion que la *litiscontestatio* romana le ofrecía contra las dilaciones arbitrarias del demandado, en cuyo punto, el procedimiento

---

(*b*) Glück, t. VI, p. 205; Hofacker, § 1020, 4385; Thibaut, § 700, 8. ed.; Mühlenbruch. § 114, 372, 4.ª ed.

(*c*) Hommel, Rhaps., obs. 234; Sintenis, Erlaüterungen des Civil prozesses, § 12, 15, 16, Kierulff, p. 280-284.

(*d*) Winckler, p. 355-365; Martin, Prozesz, § 152, 156; Linde, § 200, 206; Bayer, p. 229-234, p. 248-250; Heffter, § 346, 350, 2.ª ed.; Wäckter. H., 3, p. 86-119.

del derecho comun actual nada tiene que suplir. Por esta causa, la práctica y la mayor parte de los tribunales ha admitido esta modificacion, al ménos en cuanto á las aplicaciones más usuales y más importantes.

Debo añadir aquí todavía algunos detalles necesarios para precisar mejor el principio.

Ciertos autores hacen una distincion entre la presentacion y la insinuacion de la demanda, con el fin de llevar en interés del demandante los efectos de la *litiscontestatio* á una época anterior todavía. Se ha reclamado principalmente esta distincion para interrumpir la prescripcion de las acciones que puede verificarse en el período que media entre la presentacion y la insinuacion de la demanda. Semejante doctrina no encuentra justificacion alguna en las fuentes y debe ser rechazada á causa de lo insignificante de sus resultados. Se encuentra además en contradicion directa con el principio que exige como condicion esencial que el demandado tenga conocimiento del litigio. Es muy raro que se cumpla una prescripcion sin negligencia alguna de parte del demandante, y cuando este caso ocurre, tiene en su auxilio el recurso de la restitucion (*e*). En esta solicitud por los intereses del demandante podría irse todavía más léjos y distinguir entre la presentacion de la demanda y su recepcion por el juez, puesto que la prescripcion puede tambien cumplirse en el intervalo.

Se ha dicho, además, que áun admitiendo la insinuacion en reemplazo de la *litiscontestatio*, sería preciso añadir á ella, como condicion restrictiva, un proceso entablado realmente, pues, de otro modo, no hay ni *litis* ni *contestatio* (fijacion del punto litigioso), y sin esto las consecuencias de que se trata carecen de base. La objecion es especiosa; pero no admito la necesidad práctica de la restriccion. Si se examinan, en efecto, los diversos motivos que pueden impedir la constitucion del litigio, no resulta de ellos nada que justifique el fin propuesto, esto es, ahorrar al demandado un perjuicio inmerecido. Uno de estos motivos puede ser que el demandado no quiera sostener el proceso, por admitir,

(*e*) Próximamente del mismo modo que se pueda hacer restituir contra la falta de la *damni infecti stipulatio*. L. 9, pr., de damno inf. (XXXIX, 2).

desde luego, las reclamaciones del demandante y en este caso no hay ya lugar á los efectos de la *litiscontestatio*. Puede tambien impedir que se entable el litigio de que la demanda se haya deducido ante un juez incompetente ó dirigido contra otro que no sea el demandado verdadero. Aquí tampoco hay lugar á los efectos de la *litiscontestatio*, puesto que esta tentativa infructuosa de proceso nada tiene de comun con el proceso verdadero que puede entablarse ulteriormente *(f)*.

§ CCLXXIX *Del lugar que ocupa la litiscontestatio y de sus efectos en el derecho actual.* (Continuacion).

Despues de haber asentado el principio que rige en el derecho actual, réstame mostrar sus diferentes aplicaciones y pasar revista á las opiniones de los autores. Seguiré aquí el órden segun el cual he clasificado en la presente investigacion los diferentes efectos de la *litiscontestatio* sobre el fondo del derecho. Entre estos efectos, hay dos que se presentan con tal frecuencia y tienen tal importancia práctica, que se distinguen de todos los demás. Me refiero á la interrupcion de la prescripcion y de la *omnis causa*, es decir, á la reparacion del perjuicio causado al demandante por la duracion del litigio. Estos dos puntos son tambien los que la jurisprudencia de los tribunales ha fijado mejor.

1) El cuasi-contrato resultante de la *litiscontestatio*, es decir, la obligacion contractual contenida en la *litiscontestatio* de los Romanos (§ 258).

Estas expresiones designan más bien una consecuencia práctica y especial que la base y el conjunto de los diversos efectos que van á ser sucesivamente enumerados. Este objeto, á causa de su naturaleza abstracta y teórica, no ha podido dar lugar tampoco á una jurisprudencia propiamente dicha.

Sin embargo, es adecuado principalmente para poner de relieve el verdadero sentido de la innovacion que sostengo y su contraste con la opinion de mis adversarios.

(f) Así, por ejemplo, una demanda judicial sólo ocasiona la interrupcion de la prescripcion entre un demandante y un demandado determinado. V. t. IV, p. 208.

Sostengo, en efecto, que en derecho actual, el cuasi-contrato con todas sus consecuencias toma nacimiento en la época de la insinuacion de la demanda.

Hé aquí, ahora, la doctrina de mis adversarios, que pretenden seguir el derecho romano, pero que no observan de él más que su apariencia y su letra. El cuasi-contrato, dicen ellos, nace en el momento en que interviene la primera declaracion del demandado sobre los hechos contenidos en la demanda. Entre esta declaracion del demandado y el cuasi-contrato no existe ninguna relacion necesaria y nadie pretenderá sostener lo contrario. Su relacion se limita á la circunstancia puramente accidental de que el derecho romano refería el cuasi-contrato á la *litiscontestatio* (cuya significacion no era en modo alguno la de hoy), y que desde la Edad Media se ha adoptado insensiblemente la costumbre de designar por la expresion romana *litiscontestatio* la declaracion del demandado sobre los hechos de la demanda.

2) Interrupcion de la prescripcion de la accion (§ 261, número I).

Este era uno de los efectos más importantes de la *litiscontestatio*; pero semejante relacion no existe desde que el nuevo derecho romano ha concedido expresamente este efecto á la época anterior de la insinuacion (§ 242, 243).

Así, respecto á este caso particular, el derecho romano mismo introdujo la innovacion que el derecho actual extiende, en mi sentir, á todos los demás casos.

La prescripcion de este modo interrumpida, y respecto á la cual con frecuencia queda poco tiempo que correr, es reemplazada inmediatamente por una nueva prescripcion de cuarenta años. Varios autores separan equivocadamente estos efectos y pretenden referirlos á diferentes épocas del procedimiento: designan entónces la prescripcion de cuarenta años bajo el nombre de perpetuidad de la accion (*a*).

3) Anulacion de la usucapion (§ 261, núm. II).

Se ha dicho que la usucapion se interrumpía realmente y se ha colocado esta interrupcion en la misma época que la interrupcion de la prescripcion. He refutado ya más arriba esta doctrina.

(*a*) V. t. IV, p. 210-211.

Pero si la usucapion se cumple durante el litigio, sus consecuencias quedan anuladas, pues el demandado queda obligado á restituir al demandante la propiedad adquirida de este modo. Esta obligacion es una de las consecuencias del cuasi-contrato, y nace, como ésta, en el momento de la insinuacion.

4) Trasmision de las acciones que no pasan á los herederos del demandado (§ 262, num. IV) (*b*).

Varios autores pretenden que hoy todavía determina la *litiscontestatio* la época en que se verifica la trasmision (*c*). Aquí principalmente se vé con evidencia cuán poco sostenible es esta doctrina en la práctica. Cuando el autor de un delito está obligado á una indemnizacion, la accion penal fundada en este delito, no pasa á los herederos del demandado, sino con grandes restricciones (§ 211); pero á partir de la *litiscontestatio* el derecho romano admite la trasmision de una manera absoluta. Luego debe ser prohibido á semejante demandado, más bien que á cualquiera otro, el diferir arbitrariamente la *litiscontestatio*, impidiendo de este modo la trasmision de la accion contra sus herederos. Si en este punto tambien han sostenido tantos autores el mantenimiento del antiguo principio, no es debido á ningun motivo sacado de la naturaleza especial de este caso; se debe únicamente á que varios textos del derecho romano presentan la *litiscontestatio* como la época de la trasmision. Esta prescripcion no es en modo alguno dudosa, pero tampoco es más verdadera en este caso que en muchas otras aplicaciones, donde estos autores, poco consecuentes consigo mismos, abandonan la *litiscontestatio*.

Algunos autores, por el contrario, admiten precisamente en este caso, pero por un motivo erróneo, la trasmision desde el momento de la *litiscontestatio* (*d*). Una ley del imperio ordena expresamente que en el caso de turbarse la

---

(*b*) Ni tampoco á los herederos del demandante (§ 264, *a*).

(*c*) Carpzow, Jurispr. for. G. 4, Cons. 46, Dej. 6; Winckler, p. 357; Pufendorf, Obs. IV, 94; Glück, t. VI, p. 205; Martin. Prozesz, § 156; Linde, Prozesz, § 206; Bayer, Civilprozesz, p. 248; Wächter, H. 3, página 112, 114.

(*d*) Francke, Beiträge, p. 43; Sintenis, Erläuterungen, p. 148. Este último pretende que se remonte á la época en que se ha intentado la accion.

paz pública alcance la pena á los herederos del culpable, aunque muera ántes de la *litiscontestatio* (e). Pero léjos de ser esta ley, como pretenden dichos autores, la expresion de una regla general aplicable á todas las acciones, es más bien un testimonio de lo contrario, puesto que su intencion es evidentemente tratar este delito con un extraordinario rigor.

Segun la jurisprudencia del tribunal de apelacion de Lübeck la trasmision de la accion á los herederos se verifica en la época de la insinuacion.

5) Caso en que el derecho del demandado nace durante el litigio (§ 262, núm. V).

Cuando el demandante reclama una propiedad que no le pertenece, si la adquiere despues de la *litiscontestatio*, no debe prosperar en su demanda, sino intentar una nueva accion.

La sustitucion de la insinuacion á la *litiscontestatio* no tiene aquí una gran importancia; pero es una consecuencia del principio. El abandono de la accion y la introduccion de una accion nueva ofrece ménos inconvenientes para el demandante al principio del procedimiento que más tarde. Obrar de otro modo sería, además, como más arriba he dicho, inferir una injusticia al demandado, que puede haber preparado sus medios de defensa segun el estado primitivo del derecho, sin conocer hechos nuevos.

6) Comienzo de la *mora* y de la *mala fides* (§ 264).

La doctrina de los numerosos autores que refieren la *mora* y la *mala fides* á la *litiscontestatio* debe ser rechazada en principio, como en otro lugar he asentado. El único elemento de verdad contenido en esta doctrina, es que segun las circunstancias particulares de cada caso puede el juez referir la existencia de la *mora* á ciertas fases del procedimiento (§ 264, *g*), lo cual tanto puede ser aplicado á la insinuacion como á la *litiscontestatio*.

7) *Omnis causa*, principalmente los frutos y los intereses, comprendiendo entre ellos los frutos descuidados (párrafo 265, 271).

Esta consecuencia, es la más importante de todas. Debe-

(e) K. G. O. 1555, Th. 2, Tit. 9, § 6.

mos referirla á la insinuacion en virtud del principio general cuya verdad práctica resulta con más evidencia todavía de esta aplicacion. El demandado está obligado en virtud de ella á ciertas prestaciones, y áun se le imponen condiciones rigurosas, porque debe considerarse como eventualmente detentador de la cosa de otro. Debe admitir esta eventualidad desde el momento en que por la insinuacion tiene conocimiento del litigio; y no se vé la razon de que no tenga lugar esta consecuencia hasta el momento en que se explica sobre los hechos de la demanda.

Sobre este punto se encuentran divididas las opiniones. Los unos se atienen á la *litiscontestatio (f)*. La mayor parte, por el contrario, admiten con fundamento que respecto á este punto importante la obligacion comienza desde el momento de la insinuacion *(g)*; pero al mismo tiempo apoyan su opinion en una falsa base. Así, invocan diversas decisiones del derecho romano tocantes á la peticion de herencia y los generalizan, sin tener en cuenta su encadenamiento histórico especial, ni los numerosos textos que para tantas otras acciones establecen una regla contraria. Esta falta de crítica hace relacion á un punto de vista general, de tal importancia para la inteligencia de esta materia, que debo detenerme todavía á considerarla.

Se consigna como principio que el antiguo derecho romano había establecido la *litiscontestatio* como el comienzo de todo litigio y como punto de partida de consecuencias importantes sobre el fondo del derecho; pero que la perfeccion del procedimiento asigna este lugar al emplazamiento hecho al demandado. Reconociendo Adriano esta verdad en el senado-consulto Juventiano sobre la peticion de herencia, abandonó la *litiscontestatio* y por una reforma im-

---

(f) Linde Prozesz, § 203. Incurre este en una inconsecuencia, pues en el § 200 hace comenzar la *mora* y la *mala fides* en el momento de la insinuacion.

(g) Winckler, p. 365 (segun la jurisprudencia de la mayor parte de los tribunales). Kind. Quæst. for. T. 3, C. 83, T. 4, C. 46; Martin, § 152; Bayer, p. 233; Kierulff, p. 278 y p. 281; Wächter, H. 3, p. 105, 110. Esta doctrina ha sido seguida por el Tribunal Supremo de apelacion de Lübeck, segun el cual corren los intereses desde el momento de la insinuacion.

Tal es, de igual modo, la jurisprudencia del Tribunal de revision de Berlin y de la facultad de derecho de la misma capital (§ 271, *u*, *v*, *w*).

portante, atribuyó estas consecuencias á una época anterior. Si el derecho justiniáneo no nos muestra este pensamiento en toda su pureza y si el antiguo y el nuevo principio se encuentran confundidos, débese á falta de habilidad en los compiladores. Pero nosotros obramos precisamente en el sentido del desenvolvimiento del derecho romano cuando generalizamos el pensamiento de Adriano y consideramos la citacion como base general y única (*h*).

Este conjunto de ideas me parece completamente inadmisible. ¿Vale más tomar como punto de partida y como época decisiva la citacion que la *litiscontestatio?* Esta es una cuestion que no podría resolverse abstractamente y que se refiere á la organizacion general del procedimiento. En tanto que subsistió el antiguo *ordo judiciorum* en toda su pureza, y así era ciertamente en tiempo de Adriano, la antigua posicion de la *litiscontestatio* respondía perfectamente al fin del procedimiento y no reclamaba modificacion alguna. Las innovaciones de Adriano no tenían de ningun modo por objeto mejorar el procedimiento en general; sólo se referían á las necesidades especiales de la peticion de herencia. Si Adriano hubiera tenido la idea que se le atribuye de mejorar el procedimiento, habría que admirarse de que los grandes jurisconsultos muy posteriores á su reinado, Papiniano y Ulpiano, no hayan penetrado este secreto y que siempre hablen de la *litiscontestatio* como de la época decisiva en lugar de sustituirle con la citacion.

8) Indemnizacion debida por la pérdida y el deterioro de la cosa sobrevenidos durante el litigio y resultantes del *dolus* ó de la *culpa* del demandado (§ 272).

9) Responsabilidad de la pérdida accidental de la cosa sobrevenida durante el mismo lapso de tiempo cuando el demandado es un poseedor de mala fé (§ 273).

Estas dos consecuencias, de igual manera que la prestacion de los frutos, se relacionan inmediatamente con el cuasi-contrato y, por tanto, deben ser trasladadas como éste de la *litiscontestatio* á la época de la insinuacion.

Voy á resumir en pocas palabras esta indagacion sobre

(*h*) La opinion desenvuelta y refutada en el texto tiene mayor ó menor influencia en casi todos de los autores. Kierulff, p. 280-284 es el que la expone de la manera más completa.

el estado del derecho actual. El derecho romano refiere á la *litiscontestatio* los principales efectos relativos al fondo del derecho. La modificacion esencial del procedimiento nos obliga á abandonar la letra de la ley para conservar su espíritu y sustituir á la *litiscontestatio* la insinuacion, como punto de partida de estos efectos.

Si á pesar de esta conviccion, he mantenido la denominacion de *litiscontestatio* y la he puesto á la cabeza de esta investigacion, lo he hecho intencionalmente He querido con ello hacer más accesibles los tesoros de sabiduría que encierran sobre esta materia las fuentes del derecho romano y poner en relacion este estudio con el conjunto de la literatura jurídica, desde la Edad Media hasta nuestros dias, relacion que quedaría destruida sin esta denominacion.

He tenido constantemente en cuenta en esta indagacion la influencia de la duracion del proceso sobre la relacion de derecho litigiosa. Si los romanos consideraban en este punto como época decisiva la *litiscontestatio*, no es porque hayan pretendido atribuirle una virtud misteriosa, sino porque la encontraron adecuada para marcar claramente el principio del proceso y para personificar el litigio. Pero nosotros tenemos poderosos motivos para sustituirla con la insinuacion.

La opinion que acabo de desenvolver sobre las verdaderas necesidades del derecho actual y que adoptan en gran parte los autores modernos, se encuentra tambien confirmada por el giro de la legislacion prusiana. Al redactarse el código se discutió la cuestion sobre la época del procedimiento en que deb an comenzar los efectos especiales de lo que se llamaba posesion de mala fé (§ 264). No se podía pensar en la *litiscontestatio*, tal como la entienden los romanistas modernos, es decir, en la presentacion escrita de las excepciones, puesto que se abandonaba el procedimiento por escrito del derecho comun moderno (*i*). Se propuso

(*i*) Si se hubiera querido atenerse al verdadero espíritu del derecho romano, se hubiese encontrado un punto de comparacion muy exacto en el *status causæ et controversiæ* del procedimiento prusiano (§ 259, *o*). Pero entónces los romanistas habian olvidado casi por completo este espíritu y no pensaba nadie en este término de comparacion. No pretendo tampoco que hubiera debido escogerse la época del *status causæ*, porque no le hubiera sido aplicable, como lo es, en realidad, la insinuacion á

primero, fijar como época la significacion del juicio; pero esta proposicion fue rechazada y se adoptó la insinuacion de la demanda (§ 264, *z*). Así, á pesar de la diferencia del punto de vista general y de la fraseología adoptada, encontramos una concordancia íntima fundada en la sana interpretacion de las verdaderas necesidades de la práctica.

§ CCLXXX. *Autoridad de la cosa juzgada.* Introduccion.

Fuente principale: Tít. Dig. de exceptione rei judicatæ (Lib. XLIV, Tít. 2) (*a*).

Autores:

Donelo, lic. 20, c. 5.

Keller, über Litiscontestation und Uutheil; Zurich, 1827-8.

Buchka, Einfllusz des Prozesses auf das materielle Rechtsverhälnisz Th. 1, 2. Rostok und Schewerin, 1846, 1847.

Wächter. Handbuch des in Würtlemberg geltenden Privatrechts, t. II (1846), 557 y sig., etc., y Erorterungen, Heft. 3 (1846), p. 43-61.

Todo proceso tiene por elementos constitutivos las afirmaciones y las pretensiones contradictorias de las partes (§ 256), que se trata de reducir á la unidad, dominándolas bajo un punto de vista más elevado.

Esta solucion, como todas las partes del litigio de que he tratado hasta aquí, puede ser considerada en la forma y en el fondo. A la forma pertenecen todos los actos ema-

---

toda clase de proceso. Casi se podría creer que Suarez admitía en derecho romano la identidad de la *litiscontestatio* y de la insinuacion, pues dice (Kamptz Jarb. t. 41, p. 8, 9): «en derecho romano..... desde el día en que el *possessor bonæ fidei per litis contestationem* ha sido constituido;» y un poco más abajo: «segun la teoría romana, la época en que el poseedor es constituido *in malam fidem por la insinuacion* depende de circunstancias accidentales.» Estos textos se encuentran en el t. 83, f. 47, de los materiales (*Materialien*) que datan desde la última revision de la legislacion.

(*a*) El título de *re judicata* (XLII, 1), podría, segun su inscripcion, ser considerado como la fuente princ'p l; pero trata de los medios de ejecucion de la sentencia y de las restricciones de que es susceptible: luego todo esto se refiere á la forma ó al procedimiento, y es un aspecto del asunto que no tenemos que examinar.

nados de las partes y del juez durante el curso del proceso, es decir, el procedimiento en sus consecuencias y en su conjunto; y, respecto á la parte del litigio que nos ocupa especialmente, la marcha seguida por el juez para llegar á una decision, como tambien la forma y el contenido de la sentencia. Al fondo pertenecen los efectos de la sentencia sobre el contenido y la extension de los derechos litigiosos; estos efectos son los únicos que entran en el plan de este tratado, formando una parte del derecho de las acciones (§ 204).

Esta materia es una de las más importantes del derecho. Dá lugar á numerosas aplicaciones cuyas consecuencias son todavía más trascendentales que las de la *litiscontestatio*; debe, por tanto, extrañarse que en los cursos y en los tratados se descuide ordinariamente y que no haya sido objeto todavía de ninguna monagrafía completa (*b*). En los mismos códigos modernos los legisladores le han concedido muy poca atencion.

La influencia ejercida por la sentencia sobre el contenido de los derechos, influencia que constituye el objeto de la presente indagacion, no se implica por sí misma, sino que es una consecuencia necesaria que se deriva del ejercicio de las funciones judiciales. La naturaleza de estas funciones implica solamente que todo proceso debe recibir una solucion y que esta solucion debe ejecutarse aún contra la voluntad de la parte que sucumbe. Pero, cuando más tarde, viene á ser puesta en duda en otro proceso la justicia de esta decision, parece natural someterla á un nuevo exámen. Si se reconoce como errónea, ya por el mismo juez ó ya por otro distinto, la equidad parece exigir que se rectifique este error y se repare esta injusticia por el reconocimiento del verdadero derecho.

Examinemos, ahora, las consecuencias que resultan inevitablemente de una marcha tan equitatita y natural en apariencia. Desde luego, es preciso reconocer que con frecuencia puede ser en extremo dudosa la decision de un proceso, ora porque esté controvertida la regla de derecho, ora

---

(*b*) Puchta, en el Rhein. Museum, V. II, p. 251, ha señalado este hecho digno de llamar la atencion.

porque los hechos no estén bien justificados, ora, en fin, porqué los citados hechos puedan ser referidos á la regla de diferentes maneras. En su consecuencia, podría suceder á menudo que una decision judicial se reformase por otra contraria. Pero esto no terminaría la cuestion, pues encontrando un tercer juez errónea la segunda sentencia, podría restablecer la primera ó dictar una nueva diferente de las dos anteriores. El resultado inevitable de semejante doctrina sería un estado de incertidumbre perpétua desde el momento en que fuera objeto de un litigio una relacion de derecho.

Se vé por estas consideraciones que nos encontramos en presencia de dos sérios peligros de naturaleza enteramente opuesta. De un lado, estamos expuestos á mantener contra nuestra conviccion una sentencia fundada sobre el error ó sobre la prevaricacion del juez: De otro lado, corremos el riesgo de abandonar el estado del derecho y de los bienes á una incertidumbre indefinida que puede prolongarse durante varias generaciones. Tenemos que escoger entre estos dos peligros. La cuestion de saber cuál de ellos entraña el mal menor pertenece al derecho político; la experiencia y una justa apreciacion de las necesidades reales pueden únicamente darnos la solucion.

Una larga experiencia y las leyes de diferentes pueblos atestiguan que la incertidumbre del derecho ha sido considerada como el mal mayor, y para prevenirlo ha habido que recurrir á una institucion del derecho positivo. No se hacían ilusiones sobre el peligro opuesto, el de mantener irrevocablemente las decisiones injustas; pero este peligro es en sí mismo mucho menor y además, se ha encontrado un medio especial de atenuarlo con el establecimiento de los grados de jurisdiccion, de que hablaré más adelante.

La institucion, en extremo importante, destinada á llevar el fin propuesto, puede definirse en general por la autoridad de la cosa juzgada, es decir, una ficcion de verdad que protege las sentencias definitivas contra todo ataque y toda modificacion. Un autor ingenioso (c) la ha llamado derecho

---

(c) Möser, patriotische Fantasien, t. IV, N. 30.

por la forma y la ha opuesto al derecho fundado en la realidad. El contenido y las bases de esta institucion están resumidas en el siguiente texto, tomado del comentario de Paulo sobre el edicto.

L. 6, de exc. rei jud. (XLIV, 2.)

«Singulis controversiis singulas actiones (*d*) unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summan atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem (*e*) rei judicatæ frequens est.»

De esta verdad ficticia atribuida á la sentencia, resulta que un simple acto de procedimiento viene á reobrar enérgicamente sobre los derechos mismos. Esta ficcion, en efecto, puede engendrar un derecho que no existía, como tambien anular ó restringir un derecho existente y modificar su contenido.

(*d*) Tomando estas palabras al pie de la letra pudiera creerse que para toda relacion de derecho no hay más que una sola accion correspondiente, lo cual sería falso, porque frecuentemente se tiene la eleccion entre diversas acciones. *Singulas actiones sufficere*, significa más bien que un solo derecho no debe servir para intentar varias acciones. Son los términos especiales para expresar la consumacion de las acciones, y de este modo, reproducen el pensamiento de este antiguo axioma de derecho que cita Quintiliano (Inst. or. VII, 6), cuya redaccion anfibológica he señalado: «quod scriptum est: *bis de eadem re ne sit actio*.»

(*e*) Esta es la leccion del manuscrito de Florencia; la Vulgata dice *per exceptioni*. Apenas es creible el gran número de interpretaciones diferentes que ha recibido esta última parte de nuestro texto. Segun la Vulgata pudiera entenderse: con frecuencia acontece que se debe obedecer á la *exc. rei jud.* Esta explicacion es la de Cuyacio, Recit. in Paulum ad ed. lib. 70; pero entónces no se encuentra designado el que debe obedecer. La leccion del manuscrito de Florencia es susceptible de dos interpretaciones. En primer lugar, puede leerse *parere* y traducir: con frecuencia sucede que se engendra una *exc. r. j.* Este sentido es adoptado por Brissonio. V. Parere, N. 3; pero aquí falta tambien la indicacion de la causa de la excepcion, pensamiento que sólo podría expresarse de una manera natural y satisfactoria por *nasci exceptionem* ó *sententiam parere exceptionem*. En segundo lugar, puede leerse *parere* en el sentido de *apparere* y traducir: con frecuencia sucede que aparece ó es empleada la *exceptio r. j.* Esta explicacion tiene al ménos el mérito de no prestarse á las objeciones hechas contra las dos que preceden. Una correccion muy pequeña destruiría toda la dificultad: parere exceptionem *rem judicatam* frequens est (V. como textos paralelos. L. 7. § 4. de pactis: «*nuda pactio* obligationem non parit, sed *parit exceptionem*» y la L. 7, pr. eod.) La redaccion de nuestro texto se explicaría entónces de una manera satisfactoria por la inscripcion del título y por la construccion, un poco dificultosa de la frase.

Tengo todavía una observacion que hacer sobre el valor práctico de esta institucion. Pudiera creerse, á primera vista, que si la autoridad de la cosa juzgada tiene importancia para las sentencias erróneas, puesto que convierte una relacion de derecho en su contraria, no la tiene para las sentencias justas, puesto que no hacen más que confirmar un derecho que existe independientemente de esta autoridad. Si esto fuera verdad deberia desearse la abolicion de la institucion; pero en realidad no es así en modo alguno. Sin duda, la autoridad de la cosa juzgada se echa de ver principalmente en el desgraciado caso de una sentencia errónea, caso cuya posibilidad no debe ser admitida sino como un mal inevitable, respecto al cual nada se ha establecido; pero es tambien eficaz y saludable en el caso de una sentencia bien dictada, á cuyo mantenimiento está destinada únicamente. Si se considera cuantas relaciones de derecho son inciertas y dudosas en sí mismas, cuantas veces vienen despues á faltar las pruebas reales, de modo que un segundo juez puede juzgar mal un proceso bien juzgado por el primero, y que una decision, cualquiera que sea, es para las partes preferible á una incertidumbre perpétua, si se considera todo esto, hay que reconocer la importancia de la autoridad de la cosa juzgada para las sentencias dictadas con justicia.

En el estudio de esta materia, como en toda esta obra, tomo por base el derecho romano; las cuestiones que vamos á tratar aquí, son de tan general naturaleza, que exigen una solucion aun allí donde no tiene aplicacion alguna el derecho romano. Sería tambien un error creer que el valor y los resultados de esta indagacion estén subordinados á una forma especial de procedimiento. Trataré este asunto en sus relaciones con el procedimiento formulario del antiguo derecho romano, con el procedimiento del derecho justiniáneo y con el del derecho comun de Alemania; pero las cuestiones son las mismas para el procedimiento del derecho prusiano y del derecho francés.

Despues de esta introduccion, llego á nuestro asunto, que es la autoridad de la cosa juzgada. Esta institucion supone el curso regular de un proceso; sin embargo, para abrazar completamente la materia, debo tambien mencionar el desenvolvimiento anormal de ciertas relaciones de

derecho litigiosas que pueden presentarse al lado de la sentencia.

Tales son primeramente algunas instituciones que suplen á la sentencia y que, por tanto, la hacen inútil, como, por ejemplo, el juramento, la *in jure confessio* y la *responsio*.

Existe tambien una institucion que, como la sentencia, corresponde á las funciones del magistrado, pero cuyo destino es diferente y más extenso. Mientras que la sentencia solo hace constar y mantiene el derecho existente, la *in integrum restitutio* descansa sobre un poder especial del magistrado que, en condiciones dadas, obra con conocimiento de causa sobre el derecho existente y lo modifica.

Trataré de estas instituciones despues de haber hablado de la teoría de la sentencia.

§ CCLXXXI.—*Autoridad de la cosa juzgada.*—(Historia).

Hasta aquí sólo he tratado de la ficcion de verdad que va unida á la autoridad de la cosa juzgada como un fin que cumplir. Resta ahora saber los medios por los cuales se consigue este objeto, y en virtud de qué forma jurídica debe pasar esta institucion á la vida real. La historia del desenvolvimiento de la autoridad de la cosa juzgada responde á esta cuestion. Ante todo, es necesario distinguir los diferentes casos en que puede ser propuesto el indicado objeto. Así el juez puede sentenciar en favor del demandante condenando al demandado, ó bien en favor del demandado, rechazando la demanda. En ambos casos, las ventajas que resultan de la sentencia deben ser irrevocablemente aseguradas á la parte que ha obtenido la victoria. ¿Cómo puede esto verificarse?

En el primer caso parece apenas, necesario un expediente artificial. El demandado está obligado á ejecutar la sentencia, y la satisfaccion dada al demandante parece para siempre asegurada. El antiguo derecho romano no tenía para este caso ninguna disposicion especial y lo más frecuente es que no exista necesidad de ella. Se verá, sin embargo, más adelante, que existen complicaciones de relaciones jurídicas donde es insuficiente tan sencilla marcha.

Otra cosa sucede en el segundo caso. El demandado que obtiene la victoria completa ó parcial puede ser siempre inquietado por nuevas acciones y este peligro exige una proteccion artificial.

El antiguo derecho romano colocaba esta proteccion en una época anterior del litigío. Toda accion que llegaba á la *litiscontestatio* considerábase como agotada ó consumida y no podía reproducirse nunca, se dictase ó no sentencia, é independientemente de su contenido. Respecto á muchas acciones personales esta consumacion de la accion se verificaba *ipso* jure; para todas las demás por medio de una *exceptioni judicium deductœ*, que excluía toda accion nueva (§ 258).

Ahora, si como en la mayor parte de los casos sucede, había una sentencia dictada, favorable al demandado, su eficacia estaba asegurada para siempre por la consumacion, que hacía imposible la reproduccion de la accion precedente. En este caso, la excepcion contra la tentativa de una accion nueva no se llamaba ya *rei in judicium deductœ*, sino *rei judicatœ*, que debía ser mucho más frecuente que aquélla, pues el proceso que no termina una sentencia es sienpre un caso bastante raro (*a*).

Así, en los tiempos antiguos á que me refiero, la sentencia favorable al demandado estaba garantida por la consumacion de la accion ejercitada, consumacion que tenía lugar algunas veces *ipso jure*, pero con más frecuencia, por una *exceptio rei judicatœ*. Esta excepcion era, pues, ya en esta época la forma de derecho más ordinaria y más importante en la práctica para proteger las sentencias contra nuevos ataques arbitrarios.

Puede formularse en los siguientes términos el principio que servía de base á esta excepcion en el antiguo derecho: una vez juzgada una accion no puede ser reproducida.

Para señalar con exactitud el carácter especial de esta excepcion, no deben perderse de vista estas dos consideraciones: primera, dicha excepcion se funda únicamente en la

---

(*a*) Así, pues, en general, la *exc. rei in judicium deductœ* sólo podía presentarse cuando durante el curso de un proceso intentaba el demandante uno nuevo, ó cuando el proceso había sido abandonado y resultaba definitivamente perdido por la prescripcion del procedimiento.

existencia de una sentencia y no en su contenido; segunda, tiene el fin y resultado puramente negativo de impedir una accion y no de fijar un derecho. La aplicacion del principio tiene por condicion la identidad de una accion nueva con otra ya ejercitada y juzgada.

La institucion que acabo de describir, destinada á fundar la autoridad de la cosa juzgada, cumplía imperfectamente su objeto, pues sólo protegia al demandado contra la reproduccion de la accion ya juzgada. De este modo, si el demandante que reclamaba una propiedad entraba en posesion de ella por consecuencia de la condena del demandado, podía éste presentarse como demandante y poner en cuestion la misma propiedad; como no se había ejercitado accion alguna por su parte, y por tanto, no había sido consumida, no podía oponérsele la excepcion, é interponía un segundo juicio destructivo del primero. Por otra parte, no protegía la excepcion al demandado en el caso en que sin reproducir expresamente la antigua accion, el demandante, con ocasion de un nuevo litigio, trataba por medios indirectos de anular la primera sentencia. Podía tambien suceder que la complicacion de ciertas relaciones de derecho permitiese abusar de la excepcion para privar á una de las partes del beneficio de una sentencia, yendo en este caso la excepcion directamente contra su objeto.

Bajo otro aspecto la institucion entrañaba consecuencias muy duras, extrañas á su verdadero objeto, y cuya aplicacion puramente lógica no estaba justificada por ninguna necesidad real. En efecto, la *exceptio rei judicatœ* tenía lugar aunque la absolucion de la demanda se debiese únicamente á una excepcion dilatoria que acaso descansaba sobre un motivo pasajero y enteramente secundario (*b*); de manera que una causa puramente accidental entrañaba la pérdida de un derecho bien fundado. El mal no era ménos grave, cuando, segun el antiguo derecho, la prescripcion del procedimiento impedía que el proceso recibiese una solucion (§ 256, *b)*, lo cual podía suceder sin negligencia alguna del demandante: la *exceptio rei in judicium deductœ* hacía

---

(*b*) Gayo, IV, § 123. V. más arriba, § 227.

con frecuencia imposible el ejercicio del derecho más justificado.

Estos inconvenientes hicieron reflexionar sobre las necesidades verdaderas y se reconoció que se trataba únicamente de asegurar á toda decision judicial una eficacia cierta para el porvenir. Se procuró, pues, modificar la antigua *exceptio rei judicatæ* de manera que cumpliese completamente su fin. Llegóse á ello no teniendo en cuenta, como ántes, la simple existencia de la decision, sino su contenido. Debe éste ser garantizado siempre contra todo proceso ulterior; y como al lado de la excepcion se admitía tambien, en caso de necesidad, una *replicatio rei judicatæ*, la institucion aseguró, tanto al demandante primitivo como al demandado, todas las ventajas que se desprendieran de la sentencia en uno y otro litigio.

El principio que sirve ahora de base á la institucion, puede formularse del siguiente modo: ninguna sentencia puede infringir las disposiciones de una sentencia anterior.

A primera vista parece esta fórmula de igual modo que la antigua, puramente negativa, pero como un juez no puede nunca negarse á decidir sobre un proceso llevado ante él, la fórmula se descompone en seguida en la siguiente.

Cuando se presenta en un proceso una cuestion sobre la cual se ha pronunciado ya sentencia, el nuevo juez debe aceptar esta decision como una verdad y considerarla como regla de su sentencia.

La fórmula reviste aquí una forma enteramente positiva, y viene á ser la expresion directa de la ficcion de verdad que he expuesto más arriba (§ 280), como el sentido propio de la autoridad de la cosa juzgada y como la verdadera necesidad de la práctica.

Para designar esta relacion lógica de las dos formas de la excepcion, la antigua y la nueva, se ha empleado una expresion muy feliz: *exceptio rei judicatæ* en su funcion negativa y en su funcion positiva (*c*).

Esta transformacion importante no se verificó por virtud de una prescripcion general, una ley ó un edicto que hubiese abolido ó modificado la antigua institucion para susti-

---

(*c*) Keller, p. 203, nota 4.

tuirla con otra nueva; esto no era necesario. La autoridad de la cosa juzgada era siempre lo que servía de regla á la segunda decision y la diferencia entre las dos funciones no resulta visible sino cuando se pregunta en qué casos y bajo qué condiciones debe ser admitida la excepcion. Esta apreciacion quedaba abandonada al pretor; el cual en cada caso seguía el progreso de las ideas y consultaba las verdaderas necesidades de la práctica, sin que fuese necesario ninguna prescripcion especial que le sirviese de guía.

§ CCLXXXII. *Autoridad de la cosa juzgada.*—Hístoria. (Continuacion).

Vamos ahora á precisar la relacion histórica que existe entre las dos funciones de la excepcion de la cosa juzgada.

La funcion negativa era la forma antigua, y en su orígen la forma única de la excepcion; puede conjeturarse así en virtud de su imperfeccion y de su afinidad con la institucion evidentemente antigua de la consumacion verificada *ipso jure* (§ 281). Vemos tambien que Gayo en sus instituciones trata con detalles y con cuidado *(a)* la consumacion de la accion, es decir, la funcion negativa de la excepcion, mientras que el principio que sirve de base á la funcion positiva no se encuentra mencionado. Pudiera creerse, segun esto, que dicho principio es posterior á Gayo, el cual no lo conocía; pero esta suposicion resulta formalmente desmentida por un texto del Digesto tomado de Gayo (*b*), donde se menciona en los términos más precisos la funcion positiva de la excepcion (el mantenimiento del *contenido* de una sentencia); tambien ha sido reconocido por Juliano, cuyo testimonio Ulpiano invoca en uno de sus escritos (*c*). Esta contradiccion aparente se explica de una manera satisfactoria si se admite que al lado de la antigua consumacion, la ficcion de la verdad de la sentencia, es decir, la excepcion en su funcion positiva, había recibido largo tiempo ántes de Gayo aplicaciones aisladas, pero que en su tiempo este

---

(a) Gayo, III, § 180, 181; IV, § 103-108, comparados con los párrafos 104, 105.
(b) L. 15, de exc. r. j. (XLIV, 2).
(c) L. 40, pr. de proc. (III, 3). V. Keller, p. 230, 231.

principio no estaba todavía bien exclarecido en teoría y bastante desenvuelto para que este jurisconsulto hubiera creido necesario hacerlo figurar en su Instituta como institucion especial al lado de la consumacion.

No tengo necesidad al parecer de probar la existencia de la excepcion en su funcion positiva, puesto que el presente estudio está enteramente consagrado al desenvolvimiento del principio de que es aplicacion. Sin embargo, voy á reunir aquí los testimonios de los antiguos jurisconsultos que establecen claramente el principio bajo su forma general y absoluta, es decir, la verdad ficticia de las sentencias, aunque sean erróneas.

L. 25, de statu hom. (I, 5) (Ulpiano):

Ingenum accipere debemus etiam eum de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia *res judicata pro veritate accipitur* (*d*).

L. 3, pr., de agnosc. (XXV, 3) (Ulpiano), comparado con la L. 1, § 16, eod:

Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse prægnantem... non evitabit quo minus quæratur an ex eo mulier prægnans sit. Quæ causa si fuerit acta ajud judicem, et pronuntia verit... In ea causa est, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum... Sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit. *Placet enim ejus rei judicem jus facere* (*e*).

(*d*) La última frase de este texto que expresa directamente la ficcion de la verdad ha sido reproducida en otro lugar del Digesto, L. 207, de R. J. (L. 17). Observo, sin embargo, que el texto primitivo de Ulpiano no habla de la autoridad de la cosa juzgada en nuestro sentido (el de la *exceptio rei judicatæ*), es decir, cuando se ha intentado un proceso sobre una cuestion ya juzgada. La *lex Julia* habia prohibido el matrimonio de los *ingenui* con las mujeres infames. A esta prohibicion se refiere la decision de Ulpiano de que un matrimonio semejante está prohibido aun al emancipado, si este ha sido declarado *ingenuus* por una sentencia errónea, pero regularmente dictada. En derecho justiniáneo se aplica este texto á la autoridad de la cosa juzgada propiamente dicha, y la energia de sus expresiones es muy apropiada al asunto. Su reproduccion en otra parte del Digesto pone esta interpretacion fuera de toda duda. V. sobre este texto, § 301, *n*.

(*e*) Estas palabras designan perfectamente la ficcion de la verdad que engendra un derecho nuevo é independiente. Por lo demás, este texto se aplica á una relacion anormal, donde la sentencia, por una especial extension, vale en favor y en contra de los terceros extraños á la contestacion. Esta observacion se aplica igualmente al texto de que he hablado en la precedente nota. V. § 301, *n*.

L. 65, § 2, ad Sc. Trebell. (XXXVI, 1) (Meciano):

Cum prætor, cognita causa, per errorem vel etiam ambitiose juberet hereditatem ut ex fideicomiso restitui, etiam *publice intereset restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem* (*f*).

L. 12, § 3, de bonis libert. (XXXVIII, 2) (Ulpiano).

Si quis, cum esset exheredatus, pronuntiatus vel perperam sit exheredatus non esse, non repellitur: *rebus enim judicatis standum est.*

Un texto de Paulo trascrito más arriba (*g*), habla de las dos funciones de la excepcion, pero en términos tan generales que no descubriríamos su sentido si Gayo en sus Instituciones no nos hubiese hecho conocer el carácter especial de la consumacion de la accion. Paulo nos dice, en efecto, que una relacion de derecho litigiosa no puede dar lugar más que á una sola accion, porque la reproduccion de la misma accion tendría para el estado del derecho graves inconvenientes; principalmente, añade, si dicha reproduccion daba lugar á sentencias contradictorias: *maxime si diversa pronuntiarentur*. Estas dos proposiciones hacen alusion evidentemente á dos formas de la excepcion que son diferentes á pesar de su afinidad.

Así, la excepcion de la cosa juzgada subsistió bajo estas dos formas en tiempos de los jurisconsultos cuyos escritos se han insertado en el Digesto (*h*); y aquí se sigue la marcha adoptada en el desenvolvimiento de otras instituciones del derecho romano. Se decidían con pena á abolir una institucion sancionada por el tiempo y á reemplazarla con otra aunque la experiencia mostrase las imperfecciones que hemos visto (§ 281) relativamente á la consumacion de la accion. Encontraban preferible atenuar estas imperfecciones por medios ménos violentos y más refinados. Cuando se encontró insuficiente la consumacion de la accion para las necesidades de la práctica, se recurrió al desenvolvimiento

---

(*f*) Observo que en este texto se trata de una sentencia dictada, no por un *judex*, sino por el pretor mismo, pues los fideicomisos formaban el objeto de una *extraordinaria cognitio*. Sin embargo, la ficcion de la verdad y aun la denominacion de *res judicata* encuentran aquí la misma aplicacion que en los *ordinaria judicia*.

(*g*) L. 6, de exc. rei jud. (XLIV, 2). V. ántes, p. 168-169.

(*h*) Keller, p. 231.

progresivo de la excepcion bajo su nueva forma (la funcion positiva que satisfacía todas las necesidades.) Cuando entrañaba consecuencias duras é injustas se remediaban éstas por medios de diferente especie *(i)*. Así en los casos ciertamente raros, mencionados más arriba (p. 276) en que ambas formas de la excepcion se encontraban en oposicion, es decir, cuando la consumacion de la accion producía el efecto de anular el contenido de una sentencia anterior, á la *exceptio rei judicatœ*, se oponía una *replicatio* del mismo nombre que mantuviese la sentencia *(k)*. Este último caso es principalmente notable como una prueba directa de que los antiguos jurisconsultos se daban perfectamente cuenta de las dos formas de la excepcion y que en caso de conflicto no tenían escrúpulo alguno en preferir al antiguo principio (la consumacion de la accion) el principio nuevo (la ficcion de la verdad), cuya superioridad reconocían.

Posteriormente se abandonó por completo la consumacion de la accion, es decir, el antiguo principio. No vemos en parte alguna que el legislador lo haya abolido expresamente; parece más bien haber desaparecido por grados, así como una hoja se seca y cae estimulada por el gérmen que debe reemplarzarla.

La sustitucion de los *extraordinaria judicia* al antiguo *ordo judiciorum*, no ha ocasionado de una manera directa y necesaria la abolicion de la consumacion de la accion; pero sin duda alguna la ha favorecido y apresurado. En efecto, la exclusion de una accion por la consumacion de otra, implica identidad entre dos acciones; en la mayor parte de los casos se reconocía esta identidad de la manera más fácil y segura, por medio de las fórmulas, que desaparecieron enteramente con el *ordo judiciorum*. En cuanto á la ficcion de la verdad de la sentencia, ficcion que sirve de base á la excepcion bajo su nueva forma, no es lo mismo; pues para aplicar la excepcion basta conocer el contenido de la sentencia, lo cual puede conciliarse con todas las formas de procedimiento.

Por otra parte, la consumacion, que para muchas ac-

(i) Keller en toda la sexta division de su obra.
(k) Id., § 70, 71, 72.

ciones se operaba en el antiguo derecho, no por una excepcion, sino *ipso jure* (§ 281), resulta imposible despues de la abolicion del *ordo judiciorum* y debió desaparecer con él. Esta clase de consumacion, en efecto, sólo podía tener lugar en los procesos instruidos ante un solo *judex* nombrado por el magistrado y cuando la fórmula tenía una *juris civilis intentio* (*l*); condiciones ambas incompatibles con un *extraordinarium judicium*.

El derecho justiniáneo no hace mencion de la consumacion de la accion, ni de la *exceptio rei in judicium deductæ*, que era inseparable de ella, lo cual prueba que estas dos instituciones no existían entónces. Vemos, además, diversas consecuencias importantes de la consumacion expresamente abolidas (*m*).

Por el contrario, la excepcion de la cosa juzgada en su funcion positiva, como protectora del contenido de una sentencia, se expone de una manera tan completa por los escritos de los jurisconsultos antiguos que basta su teoría para la perfecta aplicacion, como se verá en el curso de este estudio. Así, la práctica moderna ha adoptado completamente esta forma de la institucion; y si se ha separado con frecuencia de las disposiciones del derecho romano, no es porque las haya juzgado malas ó insuficientes; estas desviaciones se deben á una inteligencia incompleta de las fuentes.

Se encuentran, sin duda, en las decisiones de los antiguos jurisconsultos sobre la nueva excepcion de la cosa juzgada ciertos rasgos que sólo se explican por la antigua excepcion de la consumacion de la accion; pero estos textos, recopilados por inadvertencia, se encuentran tan aislados que no los comprenderíamos si las Instituciones de Gayo no nos hubiesen hecho conocer el antiguo principio de la consumacion de la accion. Así, cuando vemos mencionar una *replicatio rei judicatæ* destinada en varios casos

(*l*) Gayo, IV, § 107, comparado con el § 104.

(*m*) Tal es el objeto de la L. 28, C., de fidejus. (VIII, 41). A este principio debe referirse en parte la abolicion de la antigua regla de que el demandante *plus pretendo* perdia su derecho de accion. Digo, en parte, porque si esta regla descansaba sobre la consumacion de la accion, se refería tambien á la *certa intentio*, de la cual no podia tratarse despues de la abolicion del *ordo judiciorum*. Keller, § 56.

á rechazar la *exceptio* del mismo nombre (nota *k*), esta *exceptio* debe entenderse únicamente de la antigua institucion de la funcion negativa y, sin duda, hubiera valido más no insertar estos textos en el Digesto, puesto que la dificultad que estaban llamados á resolver no podia ya presentarse. Por otro lado, su insercion no ofrecía en la práctica inconveniente alguno, pues nunca podian suscitarse dudas sobre la decision definitiva de una relacion de derecho litigiosa.

§ CCLXXXIII.—*Autoridad de la cosa juzgada.*—Historia. (Continuacion.)

El mérito más brillante de la obra de Keller consiste en haber distinguido las dos formas ó funciones análogas, pero diferentes de la excepcion de la cosa juzgada *(a)*. No debe tratarse de atenuar este mérito diciendo que despues del descubrimiento de la Instituta de Gayo, cada cual podía aprovecharse de sus enseñanzas y que la casualidad únicamente ha decidido la prioridad. He hecho ya observar que ni en Gayo ni en ninguna de las fuentes que poseemos aparecen opuestas las dos instituciones una á otra con sus caracteres especiales, y que para descubrir este contraste ha sido necesario abrazar todas las partes de las fuentes del derecho y compararlas entre sí con una maravillosa sagacidad.

Si los autores que han escrito ántes del descubrimiento de las instituciones de Gayo no han tenido sospecha alguna de este desenvolvimiento particular del derecho, y han cometido muchos errores históricos, no se les puede ciertamente hacer un cargo por ello. En cuanto á los autores que han escrito despues del nuevo descubrimiento, no carece de interés observar el uso que de él han hecho, sometiéndolos á un atento exámen.

Los unos piensan que la excepcion subsiste todavía en derecho actual con sus dos funciones (*b*). Pero he mostrado más arriba (§ 282) que en tiempo de Justiniano el principio de la consumacion de la accion, que es inseparable de

(*a*) Keller, § 28, 29, 30.
(*b*) Vangerow, Pandecten, § 173.

la funcion negativa, estaba ya completamente abandonado; su doctrina, sin embargo, no tiene en realidad la importancia que pudiera atribuírsele á primera vista; se funda ésta, primeramente, en los vestigios aislados de la antigua institucion conservados accidentalmente en el Digesto, y, además, en una falsa relacion establecida entre la consumacion de la accion y diversas partes de la institucion nueva, la única en vigor hoy. Me reservo exclarecer por completo más adelante este asunto (287). Por lo demás, el error que aquí señalo tiene un carácter puramente teórico. En derecho actual no existe ninguna aplicacion de la pretendida funcion negativa que no esté igualmente justificada por los verdaderos principios; y, sobre todo, nadie ha tratado en dar á la excepcion, como podía haberse temido, una extension exagerada (*c*).

El nuevo descubrimiento ha sido para otros autores la ocasion de un error muy difererente (*d*). He dicho más arriba que en tiempo de los antiguos jurisconsultos subsistían juntamente ambas instituciones, y que estos sabían muy bien reconocer y resolver las dificultades que nacían de este estado de cosas (§ 282). Hé aquí, ahora, la opinion de estos autores: segun ellos, los Romanos no hubieran podido librarse de las trabas del procedimiento por fórmulas ni de la consumacion de la accion, á la que sirve de base; el derecho justiniáneo mismo estaba sometido á esta servidumbre; la práctica moderna, dicen, ha roto por primera vez estas trabas: ahora reina la pura *æquitas* y el derecho tiene toda la perfeccion que se puede desear.

Dos cosas son difíciles de comprender en esta doctrina. Primera; ¿cómo los emperadores posteriores á Justiniano, que contaban entre sus consejeros á hombres tan hábiles, no han visto que la abolicion del *ordo judiciorum*, es decir, del procedimiento formulario, había destruido completamente la base de esta deplorable servidumbre? Segunda, ¿cómo los jurisconsultos modernos, cuya sábia práctica ha cortado las trabas del derecho romano, no han sospechado siquiera su triunfo? Es evidente que estos juriscon-

---

(*c*) Véase el fin del § 282.
(*d*) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, Th. I, p. 250-256. Puchta, VII, p. 76, 184, 192, 200.

sultos no tratan de establecer principios contrarios al derecho romano sino que, por el contrario, pretenden todos tomarlos de las fuentes de este derecho. Hubiera tenído, pues, más sabiduría que creían ellos mismos y estaba reservado á nuestros contrarios revelar.

Por lo demás, este error es más bien histórico que práctico, pues las doctrinas aplicadas al derecho actual son realmente las del derecho romano. Pero es más peligrosa que la precedente; pues en virtud de falsas suposiciones impide hacer sano uso de las fuentes del derecho romano; además, la pretendida *æquitas* del derecho actual deja á la arbitrariedad una latitud ilimitada que puede entrañar más tarde abusos desconocidos hasta hoy.

Esta doctrina será definitivamente juzgada por el resultado de la indagacion que voy á hacer. Me propongo buscar en las fuentes del derecho romano una teoría completa de la autoridad de la cosa juzgada, y, creo que el Digesto nos suministra materiales suficientes. Si logro éxito en esta tentativa habré destruido la relacion que se pretende establecer entre el derecho romano y el derecho actual.

Acabo de mostrar cuáles son las bases históricas de la teoría de la cosa juzgada y esta exposicion nos traza la marcha que debemos seguir en nuestra investigacion.

La fórmula del derecho nuevo, sobre la autoridad de la cosa juzgada (§ 281), expresa que los efectos de toda sentencia definitiva deben ser asegurados para el porvenir. El desenvolvimiento completo de este principio exige un doble estudio y el exámen de estos dos puntos.

I. Condiciones de la autoridad de la cosa juzgada.

A) Condiciones relativas á la forma.

B) Contenido de la sentencia, formando la base verdadera de la autoridad de la cosa juzgada.

II. Efecto de la autoridad de la cosa juzgada para el porvenir, es decir, relacion necesaria entre el litigio juzgado y el litigio futuro sobre que debe ejercer su influencia la primera decision. Esta relacion necesaria puede traducirse por identidad, y esta identidad debe existir bajo dos relaciones diferentes, para que la autoridad de la cosa juzgada ejerza su imperio:

A) Identidad de las relaciones de derecho (objetiva).

B) Identidad de las personas (subjetiva).

Esta relacion necesaria puede tambien expresarse de una manera más simple: para que una decision judicial influya sobre una decision judicial ulterior, es preciso que las acciones tengan dos puntos comunes:

La misma cuestion de derecho.

Las mismas personas.

§ CCLXXXIV. *Autoridad de la cosa juzgada.—I. Condiciones.—A. Relativas á la forma.*

Vamos á determinar ante todo las formas que debe revestir una decision judicial para ejercer sobre un litigio ulterior la importante influencia designada con la expresion de autoridad de la cosa juzgada (§ 280).

Si para tratar esta cuestion, segun el derecho romano, nos colocamos en el tiempo del procedimiento formulario, la autoridad de la cosa juzgada se atribuye sin duda alguna á toda sentencia pronunciada por un *judex* bajo la autoridad de un magistrado. La palabra *judex* designa aquí la persona privada ó la reunion de personas que nombra el magistrado para conocer un litigio. Además en la decision de este *judex* figura como base de la autoridad de la cosa juzgada, no sólo la *sententia* propiamente dicha (*condemnatio* ó *absolutio*), sino tambien la *pronuntiatio* que en muchas acciones precede á la *sententia* (§ 287).

Este caso, el más ordinario y conforme con la regla general, no era, sin embargo, el único que podía dar lugar á la autoridad de la cosa juzgada. El pretor podía igualmente, sin nombrar el *judex*, pronunciar por sí mismo una sentencia investida de la misma autoridad que la del *judex*. Un autor moderno (*a*) ha puesto en duda este poder del pretor. Esta opinion parece referirse á la idea moderna de que las sentencias pronunciadas por personas privadas han sido establecidas como medio de dividir el poder judicial y como una proteccion contra la arbitrariedad del pretor. Para prevenir este peligro existian muchos otros límites restrictivos del poder judicial; y si la instruccion se verificaba ordinariamente ante un *judex*, es porque sin este procedimiento no

(*a*) Puchta, Cursus der Institutionen, t. II, § 175, nota *u*.

hubieran bastado en Roma dos pretores para las necesidades de la justicia.

Pero esta instruccion sólo era necesaria cuando se trataba de justificar hechos dudosos; si estos no eran controvertidos, el pretor mismo podía pronunciar de una manera tan segura y tan pronta como dando una forma al *judex*. Así, era un principio general admitido entre los romanos, tanto en materia criminal como en materia civil, que la institucion de un *judicium* no era necesaria, sino cuando había hechos controvertidos (*b*). No carecemos de testimonios formales para asentar que el pretor mismo podía pronunciar de igual manera que el *judex* por el nombramiento (*c*).

Las reglas precedentes se refieren á los *ordinaria judicia*; por otra parte, no es dudoso que en todo *extraordinarium judicium*, por ejemplo, en materia de fideicomisio, el magistrado llamado á pronunciar daba una decision investida de la autoridad de la cosa juzgada y designada bajo el nombre de *res judicata* (§ 282, *f*). Equivocadamente Puchta ha puesto en duda esta verdad (*d*).

(*b*) Tacito, Annal., XI, 6: «*non judicium (quidque ut in manifestos)*, sed pœnam statui videbant.»

(*c*) L. 81, de jud. (V, 1) (Ulpiano): «*Qui neque jurisdictioni prœst... neque ab eo qui jus dandorum judicum habet datus est...* judex esse non potuit.» (Ambos tienen, pues, la única capacidad para pronunciar la sentencia de un proceso). Paulo, V, 5, A., § 1: «Res judicatæ videntur ab *his qui imperiunt potestatem que habent, vel qui ex autoritatœ eorum inter partes dantur...*» Puchta corrige este texto del siguiente modo: «Res judicatæ videntur *a judicibus qui* ab his qui imperium, etc. Esta correccion de Puchta no descansa sobre ninguna indicacion del manuscrito, ni sobre ninguna necesidad lógica, sino únicamente sobre la necesidad de prevenir una objecion contra su sistema. El texto manuscrito concuerda perfectamente con el pasaje de Ulpiano que he citado. Cuando el pretor juzgaba sin judex, su decision venía á ser en lo futuro una *exceptio rei judicatœ* propiamente dicha, sobre lo cual no existe dificultad alguna. Cuando, por el contrario, rechazaba inmediatamente la accion, lo que se hacia por un simple decreto, resultaba inexacta la denominacion de *res judicata*. Probablemente se habia encontrado una forma para asegurar á este decreto la autoridad de la cosa juzgada. V. el final de la nota siguiente.

(*d*) Puchta, Cursus der Institutionen, t. II, § 177, nota *o*. Pretende este autor que la decision ordinaria de un *judex* engendraba realmente un nuevo derecho que debia ser reconocido en el porvenir por todo juez, pero que la decision de un magistrado sólo tenía fuerza obligatoria para las personas sometidas á su jurisdiccion. Esta opinion aparece directamente refutada por la autoridad reconocida á la confesion en materia de fideicomiso (§ 282 *f*), y ademas, por la autoridad de la cosa juzgada atribuida al decreto del magistrado que admitía ó rehusaba una restitu-

Esta última regla, que desde el tiempo del procedimiento por fórmulas sólo se aplicaba por una rara excepcion, convirtióse en regla general y única por la abolicion del *ordo judiciorum*. La jurisdiccion se organizó entónces como lo está al presente en todos los países.

Lo que acabo de decir sobre las formas de la sentencia, necesarias para constituir la autoridad de la cosa juzgada, tiene un interés puramente histórico. Paso ahora á otra faz de la cuestion mucho más importante, principalmente para el derecho nuevo y para el derecho actual.

He mostrado más arriba que, colocados entre dos males, la incertidumbre perpétua del derecho y el mantenimiento eventual de una sentencia errónea, había necesidad de resignarse á este último como único medio de evitar el primero, de otro modo inevitable (§ 380). Pero como no se desconocía la naturaleza ni la importancia del peligro que la necesidad nos obliga á aceptar, tratóse de disminuirlo y encerrarlo en límites tan estrechos como sea posible.

Los medios empleados con este fin son las precauciones tomadas para el nombramiento de jueces instruidos, el establecimiento de tribunales compuestos de varios jueces y principalmente, por último, la organizacion que somete la decision de los litigios, no á un sólo exámen, sino á una série de exámenes sucesivos.

Parece á primera vista que esta organizacion no concuerda con la importancia que al comenzar esta indagacion concedía á la regulacion definitiva de todo litigio por una decision judicial. Pero entónces tenía en cuenta el contraste de una incertidumbre prolongada indefinidamente en las relaciones de derecho, cosa que difiere enteramente de la organizacion que ahora me ocupa, la cual, para llegar á una solucion definitiva, hace pasar únicamente el litigio por diferentes grados de jurisdiccion. Cuando la administracion de justicia está bien regulada, estas operaciones no exigen más que un tiempo limitado y se está siempre seguro que en una época no lejana ha de fijarse invariablemente el estado del derecho.

---

cion. L. 1, C., Si sœpius (II, 44). Este decreto era tambien una decision *extra ordinem*.

Las ventajas de semejante organizacion para prevenir las sentencias erróneas, resultan de las consideraciones siguientes. Desde luego, la revision de un proceso es en sí un poderoso medio para que tanto las partes como el juez profundicen una relacion de derecho litigiosa y la estudien bajo sus diferentes fases. Ventaja mayor es todavía la de someter la decision definitiva á un tribunal compuesto de un más número de jueces, elegidos con el mejor cuidado, lo cual garantiza la madurez de la decision.

Hé aquí la expresion técnica más usada en la práctica moderna para designar esta organizacion. Se llaman instancias los diferentes grados de jurisdiccion; estas instancias se relacionan ordinariamente con alguna subordinacion establ cida entre los tribunales, y de este modo existe una primera y una segunda instancia: sin embargo, el nuevo exámen puede algunas veces tener lugar, bajo ciertas condiciones, ante el mismo tribunal.

Voy ahora á mostrar el orígen de esta organizacion entre los romanos.

No tenemos testimonio alguno que demuestre su existencia en tiempo de la República libre, y sólo por falsas inducciones, se han creido descubrir vestigios de dicha organizacion (*e*). Faltaba para esto una condicion esencial, á saber: varias magistraturas que ejercieran las mismas funciones y estuvieran entre sí subordinadas. Aunque de un rango inferior á los cónsules, los pretores eran completamente independientes por lo que toca á sus funciones. Pudiera creerse que era permitido apelar de la decision del *judex* ante el pretor que lo había nombrado; pero precisamente sobre este punto carecemos de testimonios que se refieran al tiempo de la República.

Por otra parte, no es dudoso que en esta época podía suscitarse la cuestion sobre la existencia ó regularidad (*f*)

(*e*) Hollweg, Prozesz, V, I, p. 347, nota *s*, refuta esta opinion errónea que Zimmern, t. III, p. 500, nota *t*, apoya en muy débiles argumentos. Ciceron (in Verrem, II, 13) es más bien contrario que favorable á este sistema, pues acusa á Verres el haberse reservado por un decreto reformar la sentencia de los *judices*.

(*f*) A esto se refiere una institucion especial del antiguo derecho, *la sententiæ in duplum revocatio*. Ciceron pro Flacco. C. 21. Paulo, V, 5, A., § 5, 7. Este caso se menciona tambien en el Digesto. L. 1, pr., quæ sent. (XLIX, 8): «Si quæratur judicatum sit, nec ne.» Este texto es, á la

de una sentencia, en cuyo caso el pretor nombraba un *judex* para pronunciar sobre esta cuestion como sobre cualquiera otra relacion de derecho litigiosa. Pero este debate sobre la existencia ó la no existencia de una decision, que no es más que una excepcion rara, difiere enteramente de las instancias regulares establecidas para comprobar el contenido de cada sentencia y para mantenerla ó cambiarla con arreglo á este exámen.

Desde el principio de la dominacion imperial vemos una cosa notable. Las instancias se establecen, no de una manera insensible y con un desenvolvimiento progresivo, sino que aparecen desde luego con la plenitud de su desenvolvimiento. Este hecho tiene en parte su explicacion. La condicion esencial de las instancias regulares, es decir, una subordinacion establecida entre varias magistraturas, condicion que faltaba en tiempo de la República, existía bajo el imperio. Nadie, en efecto, dudaba que todas las altas magistraturas, ya antiguas ó ya nuevas, estaban subordinadas al emperador.

Augusto nos aparece ya como el magistrado supremo ante el cual son llevados en último recurso los procesos civiles de todo el imperío. Pero vista la imposibilidad de tratar por sí mismo la mayor parte de los negocios de este género, delegó su magistratura suprema en magistrados que lo representaban: los procesos de Roma, en el prefecto de la ciudad; los de cada provincia en un personaje consular especialmente nombrado á este efecto (*g*). Al lado del emperador ejercía el senado tambien una magistratura suprema (*h*). No se podía apelar del senado ante el emperador (*i*), y toda clase de apelacion de las decisiones del emperador debía parecer un absurdo (*k*).

verdad, de un tiempo posterior, pero su pensamiento y sus términos convienen igualmente á los tiempos antiguos.

(*g*) Suetonio, August., C. 33. «Appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum præfecto delegabat urbis, at provincialium consularibus viris, quos singulos cujusque provinciæ negotiis præposuisset.» Esta era una jurisdiccion delegada; las fuentes del derecho la llaman, unas veces *mandata* y otras veces *delegata jurisdictio*. Dig: I, 21, y L. 1, de damno inf. (XXXIX, 2). Pero el Digesto nos enseña que en varios casos el emperador juzgaba por sí mismo.

(*h*) Tacito, Annal. XIV, 28.

(*i*) L. 1, § 2, a quibus app. (XLIX, 2).

(*k*) L. 1, § 1, a quibus app. (XLIX, 2). «Et quidem stultum est illud

Ignoramos si esta organizacion notable fué simplemente considerada como una medida administrativa que por sí misma implicaba el poder supremo de uno solo. Pudiera tambien suceder que hubiera sido establecida por un decreto del pueblo, tal como la *lex Julia judiciaria*. Su introduccion fué probablemente apresurada y favorecida por una necesidad sentida desde hacía largo tiempo y que no pudo satisfacerse hasta despues de grandes cambios políticos.

Cuando la organizacion de las instancias hubo cumplido su desenvolvimiento, se componía de los siguientes grados.

Se apelaba de la decision del *judex* al magistrado que lo había nombrado, pero nunca á otro magistrado ó á un magistrado superior *(l)*; se apelaba del pretor al prefecto de la ciudad, y de este último, al emperador (*m*).

Esta organizacion subsistió durante algunos siglos al lado del antiguo *ordo judiciorum*, como una de sus partes constitutivas, añadida nuevamente. Es preciso notar bien que toda instancia superior se juzgaba *extraordinem* (*n*); el magistrado llamado así á pronunciar, lo hacía siempre sin *judex*. Se ve, pues, durante este largo espacio de tiempo el singular fenómeno de que precisamente la parte más alta y más importante de la jurisdiccion, estaba fuera de la forma considerada siempre como base regular de la organizacion judicial. Sin embargo, no es esta una inconsecuencia, ni tampoco un indicio de que se hiciese ménos caso de esta base fundamental ó que se estuviera quizás dispuesto á abandonarla. La marcha adoptada estaba por el contratrio en armonía con los principios esenciales de la administracion de justicia. En efecto, las funciones judiciales pueden referirse á dos puntos principales: reunir los materiales y redactar la sentencia en primera instancia. La reunion de

---

admonere, a principe appellare fas non esse, cum ipse sit qui provocatur.»

(*l*) L. 1, § 3; L. 21, § 1, de appell. (XLIX, 1); L. 1, pr., L. 3, quis a quo (XLIX, 3). Todos estos textos son de una fecha poco antigua; pero es posible y verosímil que la apelacion del *judex* ante el pretor comenzase tan pronto como la apelacion ante el emperador, en general, hizo nacer la institucion de las instancias.

(*m*) L. 38, pr. de minor (IV. 4).

(*n*) Hollweg Prozesz, T. 1, p. 348.

los materiales exige mucho tiempo y trabajo; por eso el juez tenía necesidad de auxiliarse en esta tarea de un gran número de personas privadas á las que dictaba la sentencia bajo una forma hipotética. En las instancias superiores se servian de los materiales así preparados; y cuando era necesario completarlos, este trabajo era comparativamente de poca importancia; de modo que podían pasarse sin el *judex*.

§ CCLXXXV.—*Autoridad de la cosa juzgada.*—I. *Condiciones.*—A.*) Relativas á la forma.* (Continuacion.)

He asentado como un hecho que desde el principio de la dominacion imperial había ejercido el emperador las funciones de juez supremo, á las cuales se refería la organizacion completa de las instancias. Pero es tambien cierto que el carácter propio del cambio político, verificado entónces, consistía en evitar constantemente la apariencia de un nuevo poder y ligar la autoridad real á magistraturas antiguas y conocidas, pero que, contra los principios de la antigua constitucion, estaban reunidas en una sola persona. En tiempo de la República, el poder supremo judicial pertenecía en los negocios civiles á dos pretores; y entre las magistraturas cuyo título y funciones pasaban al emperador no había ninguna que le confiriese directamente la autoridad judicial, al ménos respecto á la ciudad de Roma (*a*). Trátase, pues, de explicar por medio de qué artificial combinacion pudo referirse esta autoridad judicial suprema á antiguas magistraturas, puesto que este era el único medio de aplicar á la jurisdiccion los principios adoptados para el establecimiento del poder imperial. El apéndice XV está consagrado á esta investigacion. En él muestro de qué manera se llegaron á emplear como designaciones sinónimas de una apelacion llevada ante el tribunal superior, dos

---

(*a*) Estos poderes eran: tribunitia potestas, proconsularis potestas, imperium, præfectura morum, y la dignidad de pontifex maximus. Sólo á la *proconsularis potestas*, correspondia directamente una jurisdiccion, pero encerrada en límites geográficos, y no una magistratura suprema, superior á las demás.

expresiones técnicas de la antigua constitucion, diferentes en su origen: *appellatio* y *provocatio*.

Dadas las instancias, resultaba necesario distinguir dos clases de sentencias, las unas inmutables, las otras susceptibles de ser modificadas por un juez superior. No tengo necesidad de decir que la influencia sobre el contenido de los derechos mismos, único objeto de la presente indagacion (§ 180), pertenece exclusivamente á las sentencias inmutables, y bajo esta relacion toda sentencia susceptible de una revision ulterior no debe ser considerada sino como un acto provisorio, ó como uno de los numerosos elementos del procedimiento que concurren á preparar una decision inmutable y definitiva.

La decision definitiva, única de la que vamos á ocuparnos, está investida de la autoridad de la cosa juzgada, denominacion técnica que, bajo una de sus fases, recibe aquí su completa determinacion y ha sido ya empleada en este estudio para designar la influencia ejercida sobre el contenido de los derechos, que es la otra faz de nuestro asunto. Si ahora se pregunta cuáles son las condiciones necesarias para investir á una sentencia de la autoridad de la cosa juzgada, se puede responder, en general, que una sentencia tiene tal autoridad:

1) Cuando todas las instancias han sido agotadas, siendo la última en Roma el tribunal del emperador.

2) Cuando ha fenecido el derecho de apelacion ó no existe este, como tiene lugar por excepcion en diversas clases de litigios. Así, principalmente, este derecho se pierde por la ejecucion voluntaria de la sentencia ó por la espiracion del plazo concedido para interponer la apelacion. Por lo demás, no hago aquí más que extractar sumariamente este asunto, cuyo exámen profundo pertenece á la teoría del procedimiento.

Tengo que hacer, sin embargo, algunas observaciones sobre la fraseología romana. No acostumbramos llamar á la sentencia investida de la autoridad de la cosa juzgada *res judicata*, ni distinguir, en consecuencia, por *sentencia* y *res judicata* la diferencia que existe entre una sentencia en general y una sentencia investida de la autoridad de la cosa juzgada. En tiempo de la República, donde no se conocían las instancias, toda sentencia llevaba inmediatamente la

autoridad de la cosa juzgada, y por tanto la frase *exceptio rei judicatæ* podía bastar perfectamente para designar la excepcion fundada en dicha autoridad.

Pero cuando se establecieron las instancias se olvidó precisar la fraseología. Se continuó llamando á toda sentencia *res judicata*, aunque fuera susceptible de apelacion (*b*) ó que la apelacion se hubiera ya interpuesto (*c*). Así, la expresion *exceptio rei judicatæ* no estaba bien elegida, porque se prestaba á la errónea suposicion de que la excepcion podía estar fundada en una sentencia desprovista de la autoridad de la cosa juzgada ó áun reformada por un juez superior. Sin embargo, nadie se engañaba, y el peligro de un error tenía poca importancia práctica, porque en todos los casos de este género existía ya una *exceptio rei in judicium deductæ* que producía próximamente los mismos efectos que la *exceptio rei judicatæ* (§ 281).

El derecho canónico cambió esta fraseología y estableció la que ha sido despues generalmente adoptada (*d*). De este modo no se llama ya *res judicatæ* á una sentencia en general, sino únicamente á la que está investida de la autoridad de la cosa juzgada, es decir, que no es susceptible de ser modificada por un tribunal superior.

Si ahora existe una organizacion de instancias y una autoridad de la cosa juzgada, exclusiva de toda instancia ulterior, se comprende que estas relaciones puedan ser aplicables al fondo mismo del procedimiento. Se comprende tambien que se atribuya la autoridad de la cosa juzgada ó que se sometan á la revision de un tribunal superior diversas decisiones que, sin terminar el litigio, preparen su solucion; tales son los decretos preparatorios, los reconocimientos de pruebas, etc.

Las reglas y condiciones que deben establecerse en semejante materia, entran en el dominio de la teoría del procedimiento, y están fuera de nuestro asunto. Solo hago aquí

(*b*) L. 1, de re jud. (XLII, 1), (Modestino): «Res judicata dicitur quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit.»

(*c*) L. 7, pr., de transact. (II, 15): «Est post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris.» Tambien la L. 11, eod.

(*d*) C. 13, 15, X, de sentent. (II, 27).

mencion de ellas para prevenir la censura de haber tratado la autoridad de la cosa juzgada sin abrazar completamente toda la extension de que es susceptible esta institucion importante.

§ CCLXXXVI. *Autoridad de la cosa juzgada.—I. Condiciones.—*B) *Contenido de la sentencia como base de la autoridad de la cosa juzgada.—Diversas clases de sentencias.*

La autoridad de la cosa juzgada ha sido instituida con el fin de garantizar á toda sentencia su eficacia para el porvenir (§ 281). Se supone, pues, un conocimiento exacto de este contenido que forma la base de la autoridad de la cosa juzgada.

Para llegar al conocimiento de este contenido, es preciso primero enumerar todas las hipótesis que pueden presentar las sentencias, es decir, las diferentes clases de sentencias. Esto nos indicará al mismo tiempo todo lo que no es el contenido de una sentencia, y por consiguiente lo que no puede revestir la autoridad de la cosa juzgada.

Es preciso indicar además algunos signos por los que se reconoce el contenido de una sentencia.

No hay ni puede haber más que dos clases de sentencias con relacion á su contenido *(a)*.

A) Condena del demandado, es decir, sentencia conforme á las conclusiones del demandante.

B) Absolucion del demandado, es decir, sentencia conforme á las conclusiones de este.

Antes de analizar estas dos especies de sentencias debo hablar de algunas otras categorías que, si existiesen realmente, harían mi definicion incompleta. Estas son: 1 las sentencias mixtas; 2 las sentencias indeterminadas; 3 la condena del demandado.

1) Sentencias mixtas, es decir, que contienen parte de condena y parte de absolucion.

(a) L. 1, de re jud. (XLII, 1): «Res judicata dicitur quœ finem controversiarum pronuntiat onem judicis accipit: *qod vel condemnatione vel absolutione contingit.*» L, 3 C. de sent. (VII, 45):» Præses provinciæ non ignorat, definitivam sententiam *quœ condemnationem vel absolutionem non continet pro justa non haberi.*»

Nadie negará que estas sentencias son posibles y áun muy frecuentes.

No obstante, en lugar de formar realmente una tercera especie, esta sentencia se compone entónces de dos partes muy distintas, por más que se encuentren reunidas en la misma fórmula, y cada una de ellas constituye una pura condena ó una pura absolucion.

Ejemplos: se reclaman cien escudos en virtud de un contrato; el juez concede sesenta, y por los otros cuarenta absuelve al demandado. O bien: se reclama la propieda de un inmueble; el juez concede, ya dos terceras partes del mismo, ya determinadas porciones y rechaza la demanda respecto á la restante tercera parte, ó respecto á las demás porciones determinadas.

En este punto, tenemos que señalar el carácter especial del procedimiento por fórmulas de los Romanos. Si la accion llevaba una *certa intentio (b)*, el *judex* no tenía otra alternativa que admitir ó rechazar la demanda por entero, aunque la reconociese fundada en parte. Si, pues, el demandante había reclamado más de lo que le pertenecía, perdía tambien lo que en realidad le fuera debido, y esto, no por castigar la exageracion de su demanda, sino únicamente porque la redaccion de la demanda no dejaba al juez la eleccion entre dos alternativas, ni admitía término medio *(c)*. En el caso de una *certa intentio* este peligro no existía, puesto que la extension de la condena se abandonaba enteramente á la apreciacion del juez. La abolicion del procedimiento por fórmulas hizo desaparecer esta restriccion de los poderes del juez con todas sus consecuencias *(d)*, y entónces, se estableció para todas las acciones la situacion natural que existe en el procedimiento moderno.

Cuando el demandante reclama una cosa determinada, por ejemplo, cien escudos, esto implica siempre la reclamacion de cien escudos ó de ménos de cien escudos, la suma, en

(*b*) Por ejemplo: Si paret fundum Cornelianum Auli Agerii esse, ó: Si paret centum dari oportere... con lemna, si non paret absolve.

(*c*) El *si non paret absolve* (nota *b*) comprendía el caso en que el demandado debía sesenta de igual modo que el caso en que no debiese nada. En ambos casos el *judex* debía absolver. V. t. IV, § 215, y Keller, § 56.

(*d*) § 33, J, de act. (IV, 6).

fin, que le sea realmente debida. El juez, pues, no tiene otra obligacion que la de no conceder más de lo que se pide; pero dentro de estos límites tiene una entera latitud. Si, pues, la demanda de sesenta escudos le parece justificada, concede estos sesenta y rehusa los cuarenta restantes. Lo mismo sucede cuando, tratándose de la reivindicacion de un inmueble, encuentra justificada la demanda por dos terceras partes ó por un número determinado de arpentas de tierra, pues la accion debe siempre interpretarse de este modo: reclamo todo el inmueble ó la parte que me pertenece.

En cuanto al resultado, poco importa que esta última proposicion se encuentre expresada ó sobreentendida en la sentencia; pues en este último caso se implica por sí misma. Este principio puede, pues, formularse del siguiente modo: toda sentencia que pronuncia contra el demandado una condena menor que la demanda, es siempre una sentencia mixta, pues entraña la absolucion por la parte no concedida. En ningun caso puede esta última ser reclamada de nuevo, aunque la sentencia pronunciada no haga mencion alguna de ella. Puede irse todavía más lejos y decir que toda sentencia, áun la que se encuentre enteramente conforme con las conclusiones del demandante, debe ser considerada como una sentencia mixta, pues siempre se decide tácitamente que el demandante no tiene derecho á más.

Estos principios pueden traducirse por la fórmula siguiente: todo lo que formando el objeto de un litigio podía ser concedido por la sentencia y no lo ha sido (*d* 1) se considera como rehusado; ó en otros términos: la sentencia fija para siempre la relacion de derecho litigiosa (*e*). De esta re-

---

(*d* 1) La restriccion que aquí establezco debe ser cuidadosamente observada, como único medio de no incurrir en contradiccion con el principio relativo al concurso de las acciones. Así, cuando en virtud de la *condictio furtiva* se ha demandado y obtenido la indemnizacion debida por un robo, esto no obsta para reclamar la aplicacion de la pena en virtud de la *actio vi bonorum raptorum* ó de la *actio furti*; pues en la primera instancia no tenía poder el juez para conocer de la pena, y por tanto, su silencio no podría ser considerado sino como una absolucion. Véase t. V, § 233, *b*; § 234, *a*.

(*e*) Keller, p. 202, p. 584, nota 3; Puchta, t. II, p. 211, 212. Este principio importante y fecundo en consecuencias, se refiere históricamente á la convencion (contrato ó cuasi-contrato) por la cual las partes se so-

gla se deriva tambien para nuestro derecho actual la aplicacion importante de que, si la sentencia no habla de la *omnis causa*, ni de los gastos del proceso, este silencio equivale á una negativa expresa *(f)*.

Una vez asentadas estas reglas, disminuye mucho el interés de una cuestion, á menudo controvertida, sobre si el demandante que despues de haberse decidido en su favor un litigio no obtiene satisfaccion, puede únicamente intentar la *actio judicati* ó bien puede reproducir la accion ya ejercitada. El empleo de la *actio judicati* es el procedimiento más claro y sencillo; pero la reproduccion de la accion primitiva no ofrece inconveniente alguno, supuesto que se la somete á las restricciones arriba enumeradas, y que se rechaza por la excepcion de la cosa juzgada todo lo que excede de los términos de la sentencia. Pero en este punto, debemos ir más lejos todavía. Como el procedimiento moderno no conoce ni las fórmulas de acciones ni las denominaciones que distinguen sus diferentes especies y todo depende de las conclusiones de las partes, carecemos á menudo de un seguro medio para distinguir si la accion ejercitada es la *actio judicati* ó más bien la primera accion, salvo las distinciones más arriba establecidas.

La distincion no se hace con certidumbre sino cuando por casualidad el demandante reclama la ejecucion de la sentencia, sin mencionar la relacion de derecho primitiva, ó bien cuando, por el contrario, la accion sólo tiene por objeto esta relacion y no menciona más que de pasada la sentencia ya pronunciada.

Lo mismo acontece exactamente en el caso de una absolucion completa. Abraza esta, no sólo el total, sino cada una de sus divisiones posibles, puesto que el juez podía conocerlas. En efecto, la accion por la cual se reclaman cien escudos debía interpretarse siempre como refiriéndose á cien

---

meten al juez que ha de intervenir en el litigio. Esto resultará todavía con más evidencia si se supone (y en ello hay gran verosimilitud), que las estipulaciones hechas en el momento de la *litiscontestatio* contenian siempre estas palabras: Sententiæ stari, amplius non peti (Brisson de form., VI, 184). V. más arriba, § 258.

(*f*) Intereses moratorios. L. 13, C., de usur. (IV, 32): L. 4, C., depos. (IV, 34). Expensas del proceso. L. 3, C., de fruct. (VII, 51).

escudos, ó á ménos de cien escudos, y la sentencia que rechaza la demanda expresa que el demandado no debe ni la suma reclamada ni otra alguna.

Los principios que acabo de exponer han sido seguidos siempre en la práctica, á pesar de las numerosas divergencias en la manera de expresarlos y de sentar su base. Despues del descubrimiento de Gayo, se han ensayado diversos medios para referirlos á las instituciones del antiguo procedimiento romano, dándole así en parte una vida artificial. Aun protestando contra semejante tentativa, observo que el debate tiene una naturaleza puramente teórica, puesto que versa sobre el encadenamiento histórico y la designacion de los principios cuyo contenido y verdad están completamente fuera de duda.

En nuestros dias se ha pretendido que la consumacion de la accion y consiguientemente la funcion negativa de la excepcion de la cosa juzgada subsistían todavía en el procedimiento actual (§ 283, *b*). Sin duda estas instituciones producían los mismos resultados que los principios más arriba expuestos y varios textos del derecho romano (nota *f)* hacen alusion evidentemente á este resultado. Sin embargo, estas instituciones habían caido ya en desuso en tiempo de Justiniano, y al presente llegamos á las mismas reglas prácticas, pero por diferente camino.

Otro tanto digo de la opinion de otros autores que creen aplicable todavia al procedimiento actual la novacion del antiguo derecho romano. En efecto, dicen ellos, la sentencia anula la accion primitiva por via de novacion y la sustituye la *judicati actio* (*g*). La consecuencia que se puede sacar de aquí para la prática es verdadera, pero está mal deducida y mal caracterizada. La novacion judicial, mencionada muy rara vez áun en los escritos nuevamente descubiertos de los antiguos jurisconsultos, estaba probablemente limitada á los casos en que la consumacion de la accion se verificaba *ipso jure*; y estos casos, que habían llegado á ser imposibles varios siglos ántes de Justiniano, no habían recibido nunca extensiones positivas. Más arriba he mos-

---

(*g*) He profundizado esta cuestion en el § 258 y principalmente en la nota *f*.

trado cómo el procedimiento moderno había llegado por otros medios al mismo resultado práctico.

Resumamos ahora esta discusion. Los romanos tenían en su procedimiento antiguas instituciones que habian caido en desuso mucho tiempo ántes de Justiniano y que no nos han sido conocidas hasta hace cierto número de años. Varias partes de estas instituciones pertenecen á la forma y á la historia, otras responden á necesidades generales y permanentes que estas formas históricas estaban entónces destinadas á satisfacer. Durante los quince siglos trascurridos desde la aparicion de estas formas, han continuado subsistiendo las necesidades de la práctica, y para darles satisfaccion, se han intentando diversos medios, más ó ménos felices, mejor ó peor combinados. Hoy nos han sido reveladas estas antiguas formas y hemos encontrado que los Romanos hacían de ellas un uso apropiado para satisfacer necesidades prácticas que siempre se han hecho sentir. Y no debemos admirarnos de que al establecer estas formas hayan sido guiados los Romanos, no á la ventura y por capricho, sino por ese espíritu verdaderamente práctico que en tan alto grado los distingue.

Los descubrimientos modernos nos muestran que nos hemos apropiado la parte esencial de estas antiguas instituciones bajo otros nombres y otras formas, y esta confirmacion de la legitimidad de nuestros procedimientos es para nosotros un espectáculo interesante é instructivo. Pero ¿debemos por esto resucitar las antiguas formas y hablar hoy de consumacion de accion, de funcion negativa, de novacion? Condeno altamente como falsa y engañosa semejante erudicion que sólo podría separarnos de la verdad. Debo principalmente señalar aquí una analogía que existe entre el derecho actual y el antiguo derecho. Segun el principio que más arriba he formulado (§ 309), trátase únicamente de precisar el objeto del litigio y de saber, de este modo, lo que ha sido sometido á la decision del juez. Esto puede traducirse por una expresion técnica del antiguo derecho romano: trátase de saber lo que ha sido llevado *in judicium*. Observemos, sin embargo, que los Romanos determinaban la extension de lo que había sido *in judicium deductum* por la *formula* y principalmente por medio de su *intentio*. Nosotros carecemos de una forma de procedi-

miento tan rigurosa y tan regular y sólo podemos recurrir al acto indicador de la demanda, por lo cual, nuestra apreciacion del objeto del litigio es más libre, pero al mismo tiempo, tambien, ménos precisa y segura que las de los Romanos. No tenemos tampoco en este punto verdadera analogía con una antigua institucion romana, cuyo estudio profundo puede proporcionarnos instructivas comparaciones, pero que nos estraviaría si trataramos de hacer de ella una aplicacion inmediata.

2) Sentencias indeterminadas.

En los procesos criminales de los Romanos se distribuían á cada juez tres tablas, una de las cuales llevaba una C. (*condemno*); otra una A. (*absolvo*), y la tercera N. L. (*non liquet*). Si la mayoría se declaraba por el *non liquet*, segun una opinion largo tiempo dominante entre los autores modernos, el acusado no era declarado inocente, sino remitido sin ninguna pena, lo cual equivalía á un sobreseimiento por falta de pruebas suficientes. Podría creerse que los procesos civiles eran susceptibles de ser juzgados de una manera semejante.

Pero ya en los mismos procesos criminales pasaban las cosas de diferente modo que se pretende. Cuando la mayoría de los jueces se declaraba por el *non liquet*, el pretor no pronunciaba: *non liquet*, lo cual hubiera dejado indeciso el negocio por un tiempo indeterminado, acaso para siempre, sino que ordenaba un *amplius*, es decir, que remitía el negocio á otra audiencia, y los debates continuaban hasta que los jueces pudieran decidir con conocimiento de causa. Así, pues, los procesos criminales se terminaban siempre por una condena ó una absolucion y nunca por una declaracion de incertidumbre (*h*).

Los procesos civiles se terminaron siempre por una condena ó una absolucion, lo que comprende las sentencias mixtas, no habiendo sido en ellos nunca posible una declaracion de *non liquet*.

La redaccion de la fórmula: *si paret condemna, si non*

(*h*) Ha sido tratado este asunto con detalles y gran profundidad por Geib, Geschichte der Römischen criminal Prozesses; Leipzig, 1842, páginas 568-583.

paret absolve, no admitía término medio (nota *b*), y el segundo miembro de la alternativa, *si non paret*, abrazaba, no solamente los casos en que el *judex* estaba convencido de que el demandado no debía ser condenado, sino tambien aquellos en que no había absolutamente conviccion alguna. Este principio, que hemos visto sancionado por las fórmulas romanas, bajo el punto de vista de las teorías modernas sobre el procedimiento, se expresa del siguiente modo: segun las reglas establecidas en materia de pruebas, el juez debe rechazar como no fundada toda accion cuya legitimidad no justifica el demandante. Es siempre el mismo principio, salva la diferencia de los términos.

Réstame sólo ahora explicar ciertos textos que podrían inducir á creer en la existencia de sentencias indeterminadas.

Aulo Gelio refiere que fué llamado á pronunciar como *judex* sobre un préstamo que había sido reclamado sin pruebas por un hombre muy honrado y que era negado por un demandado de probidad sospechosa. Prestando el juramento *mihi non liquere*, evitaba, dice él, el compromiso de tener que juzgar contra mi personal conviccion *(i)*. Si fuera necesario concluir de aquí que, en este caso, se pronunciaba una sentencia *non liquet*, contradiría este texto lo que ántes he dicho; pero la declaracion de Aulo Gelio tuvo por resultado excluirlo del *judicium* y hacerse reemplazar por otro *judex (k)*.

Puede tambien suceder que en un tribunal compuesto de varios jueces afirma uno de ellos *sibi non liquere*, miéntras que los demás estén de acuerdo sobre la sentencia. Esta sentencia es tan válida como si este juez hubiese expresado una opinion contraria al dictámen de la mayoría (*l*).

Cuando un árbitro nombrado para decidir en un cierto plazo, jura *sibi nondum liquere*, debe prorogarse este pla-

---

(*i*) Gelio, XIV, 2: «et propterea juravi, mihi non liquere, atque ita judicatu illo solutus sum.»

(*k*) De igual modo se nombraba un nuevo *judex* cuando ántes de la sentencia moría el primero ó caía en enajenacion mental: era siempre el mismo *judicium*, únicamente se cambiaba la persona. L. 32, 46, 60, de jud. (V, 1).

(*l*) L. 36, de re jud. (XLII, 1). Aquí tambien el disentimiento es sólo individual y la sentencia no contiene la fórmula: non liquet.

zo (*m*); así, pues, no hay tampoco lugar en este caso á una sentencia de *non liquet*.

3) Condena del demandado.

En la enumeracion que más arriba hacía de las diversas sentencias posibles no he mencionado este caso que sólo figura en este lugar como advertencia; hablaré de él cuando trate (§ 288-289) de la sentencia pronunciada conforme á las conclusiones del demandado.

§ CCLXXXVII. *Autoridad de la cosa juzgada.*—I. *Condictiones.*—B). *Contenido de la sentencia como base de la autoridad de la cosa juzgada.—Condena del demandado.*

Despues de haber descartado diversas hipótesis relativas al contenido de las sentencias, síguese el exámen detenido de los dos casos que ántes (§ 286) he designado en los términos de condena del demandado, y absolucion del demandado, con el fin de determinar lo que en uno y en otro debe ser considerado como verdadero contenido de la sentencia.

Condena del demandado. Debemos tratar sobre este punto de las dos clases principales de acciones, á saber, las acciones personales y las acciones *in rem* (§ 206-207).

Respecto á las acciones personales, la condena es bastante simple; versa siempre sobre un acto ó una abstencion determinada, impuesta al demandado en los límites de la obligacion que sirve de base á la accion ejercitada.

Las acciones *in rem* se fundan siempre en una relacion del derecho de las cosas, del derecho de sucesiones ó del derecho de familia que se atribuye al demandante. La condena contiene, en primer lugar, y directamente, el reconocimiento en la persona del demandante de la relacion de derecho litigiosa; ádemás, y por vía de consecuencia, la necesidad de un acto ó de una abstencion impuesta al demandado.

La relacion de derecho así fijada por consecuencia de una accion *in rem* es ordinariamente un derecho exclusivo, que sólo puede pertenecer á una ó á otra de las partes, y algu-

---

(*m*) L. 13, § 4, de receptis; (IV, 8).

nas veces tambien no pertenece á ninguna de ellas. Así pues la condena que reconoce la existencia de este derecho en la persona del demandante lo niega implicitamente en la del demandado. La sentencia no tiene necesidad de expresar esta segunda proposicion, y ordinariamente no la expresa sino que se sobrentiende siempre *(a)*.

Por último, reproduzco respecto á ambas especies de acciones la observacion ya hecha de que, en un sentido, toda condena contiene una declaracion mixta que se implica por sí misma, y puede expresarse del siguiente modo: el derecho del demandante y la obligacion del demandado no se extienden más allá de los términos de la sentencia.

Estos principios sobre el contenido verdadero de toda condena están fundados en la naturaleza misma de las cosas y no tienen carácter puramente histórico. Pero cuando se examina el desarrollo particular del derecho romano, puede preguntarse si estos principios han sido aplicados en todo tiempo y en todas las clases de acciones.

Una regla especial del procedimiento formulario, que estuvo en vigor mientras subsistió este procedimiento, parece legitimar la duda; en efecto, segun esta regla, las condenas no podían nunca consistir más que en una suma de dinero *(b)*. Parecería, pues, que tanto para las acciones *in rem* como para las acciones personales, la condena expresaba una prestacion impuesta al demandado y no el reconocimiento de un derecho perteneciente al demandante.

Antes de tratar de resolver esta duda, establezcamos los límites en que debe ser encerrada.

Esta regla no existía en el derecho romano primitivo, es decir, ántes de la introduccion de las *formulæ*; cesó de subsistir al mismo tiempo que el procedimiento formulario. Se volvió entónces al estado natural del derecho, y despues de la abolicion del procedimiento por fórmulas, como ántes de

---

(*a*) L. 15, de exc. r. j. (XLIV, 2): «quia eo ipso quo meam esse pronuntiatum est ex diverso pronuntiatum videtur *tuam non esse*.» L. 30, § 1, eod. «Respondi, si de proprietate fundi litigatur, et secundum actorem pronuntiatum fuisse diceremus, petenti ei qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatæ exceptionem: *quoniam de ejus quoque jure quæsitum videtur, cum actor petitionem implet.*» L. 40, § 2, de proc. (III, 3): «nam cum judicatur rem meam esse, *simul judicatur illius non esse.*»

(*b*) Gayo, IV, § 48.

establecimiento, las sentencias ordenaron la restitucion de la cosa litigiosa, no la prestacion de una suma de dinero; y reconocieron así directamente el derecho del demandante (*c*).

No debe creerse que en tiempo del procedimiento por fórmulas fuese desconocido ó ménos determinado el contraste entre las acciones *in rem* é *in personam*; la *intentio* expresaba claramente este contraste por medio de la redaccion siguiente: rem *actoris esse*; ó bien: reum *dare oportere* (*d*). Sabemos, tambien, por el testimonio inequívoco de varios textos, que, en tiempo del procedimiento formulario, se reconocía igualmente la existencia del derecho en la persona del demandante (*e*). Independientemente de estos testimonios particulares, la certidumbre de este hecho resulta con evidencia del conjunto de los principios establecidos sobre la autoridad de la cosa juzgada, como se verá más adelante.

Por último, no debe olvidarse que, para las acciones resultantes de la propiedad y del derecho de sucesion, existían tres diferentes formas, aplicables segun las circunstancias: una *legis actio* ante los centumviros, una accion con *sponsio* y la *arbitraria actio* conservada únicamente en el derecho nuevo (*f*). No podría referirse la duda á las dos primeras

---

(*c*) § 2, J., de off. jud. (IV, 17): «Et si in rem actum sit... sive contra possessorem (judicaverit), jubere ei debet *ut rem ipsam restituat cum fructibus.*» § 32, J., de act. (IV, 6), L. 17, C., de fideic. (VII, 4); L. 14, C., de sentent. (VII, 45).

(*d*) Gayo, IV, § 41, 86, 87.

(*e*) L. 8, § 4, si serv. (VIII, 5): «per sententiam non debet servitus constitui, *sed quæ est declarari.*» L. 35, § 1, de rei vind. (VI, 1): «Ubi autem alienum fundum petii, et judex *sententia declaravit meum esse.*» L. 58, eod: «Sed si... de ipso homine *secundum petitorem judicium factum esset*, non debere ob eam rem judicem, quod hominem non traderet, litem æstimare.» L. 9, pr., § 1, de exc. r. j. (XLIV, 2): «sive fuit judicatum, *hereditatem meam esse,*» y más adelante: «re secundum petitorem judicata... replicare eum oportere, de re secundum se judicata.» L. 3, § 3, de rebus eorum (XXVII, 9): «si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et *contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt.*» L. 11, § 3, de jurej. (XII, 2): «Si... juravero... id consequi debeo, quod haberem, *si secundum me de hereditate pronuntiatum esset.*» L. 6, § 2, de confessis (XLII, 2): «Sed et si... confessus, perinde habearis, atque *si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset.*» Por último, tambien, L. 15, L. 30, § 1, eod. L. 40, § 2, de proc. (V. más arriba nota *a*).

(*f*) Gayo, IV, § 91, 95.

formas. En efecto, la primera estaba sometida á las reglas del derecho primitivo y no á las del procedimiento por fórmulas; la segunda tenía precisamente por objeto llevar exclusivamente el debate sobre la existencia misma del derecho (*g*). Se encuentra, pues, limitada dicha duda al caso de la *arbitraria actio*, es decir, de la *petitoria formula*, y hemos de ver que, reducida la cuestion á estos términos, pierde mucho de su interés.

Sabemos con certeza que la sentencia definitiva versaba sobre una suma de dinero y no sobre la cosa litigiosa. Sabemos con la misma certidumbre que la existencia de la propiedad quedaba fijada de una manera definitiva por la autoridad de la cosa juzgada. Ahora bien; ¿cómo explicar esta contradiccion aparente? ¿En qué forma la sentencia que condena al pago de una cierta suma, podía asegurar al mismo tiempo á la propiedad la autoridad de la cosa juzgada?

Hé aquí cuál era en semejantes circustancias el completo desenvolvimiento de una *arbitraria actio* (*h*). Desde el momento en que el *judex* estaba convencido de la legitimidad del derecho del demandante expresaba esta conviccion sometiendo al demandado á satisfacer voluntariamente al demandante, es decir, á restituir la cosa litigiosa. Si el demandado obedecía á este *jussus* ó *arbitratus*, se pronunciaba su absolucion; si resistía, era condenado, no á restituir la cosa, sino á pagar una suma de dinero y esta condena lo exponía á grandes perjuicios.

Así, pues, el requerimiento de restituir estaba precedido por una declaracion del *judex* que reconocía expresamente la existencia del derecho en la persona del demandante. La palabra técnica empleada para designar esta declaracion era *pronuntiatio*. En ella residía la base inmutable de la autoridad de la cosa juzgada, é invocando esta *pronuntiatio* era como el demandante oponía á toda demanda judicial

---

(*g*) Gayo, IV, § 93, 94. Se formulaba la *sponsio* siguiente: Si homo quo de agitur ex jure quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? Si el juez declaraba perdida la suma, no resultaba de aquí que debiera ser pagada, sino que la condicion de la *sponsio* (*la exi tencia de la propiedad*) quedaba judicialmente declarada. Esto se expresaba así: nec enim pœnalis est (sponsio), sed præjudicialis.

(*h*) He tratado con detalles este asunto en el t. IV, § 221-223.

ulterior una *exceptio rei judicatæ* (*i*). La prueba directa de que las cosas pasaban de este modo, se encuentra en una obra descubierta recientemente, los escolios griegos sobre el Digesto del *Antecessor* Stephanus, donde aparece la voz técnica *pronuntiatio* empleada en cinco textos diferentes y siempre explicada en el sentido que acabo de exponer (*k*). Esto concuerda con numerosos textos del Digesto, donde las palabras *pronuntiatio* y *pronuntiare* tienen evidentemente la misma significacion (*l*). Con arreglo á estos textos, varios autores habían ya reconocido y expuesto los verdaderos principios en esta materia (*m*), ántes del descubrimiento de los scolios de Estéfano. Aunque el acto designado por la palabra *pronuntiatio* no hubiese intervenido, hubiera podido motivar siempre la sentencia la excepcion de la cosa juzgada si resultaba con evidencia de sus términos que el reconocimiento de la propiedad era la base y la condicion de la indemnizacion concedida al demandante. Por el momento, no podría justificar esta asercion, pues la discusion á que se refiere pertenece á una cuestion que examinaré más adelante, sobre si la autoridad de la cosa juzgada corresponde á los motivos de la sentencia. Por medio de esta indicacion he querido hacer patente que la eficacia atribuida aquí á la *pronuntiatio* no se refiere á una institucion accidental y arbitraria, sino que está íntimamente ligada con los principios generales sobre la autoridad de la cosa juzgada. La *pronuntiatio* servía para hacer constar y poner fuera de toda duda la existencia de los motivos de la decision.

(*i*) La cuestion sobre si esta *pronuntiatio* se llamaba *sententia* ordinariamente ó sólo por excepcion, es del todo indiferente; otras veces le he atribuido yo mismo más importancia de la que realmente merece.

(*k*) Zachariä v. Lingenthall, Von der Pronuntiatio, Zeitschrift..., f. Geschichtl. Rechtsw., t. XIV, p. 95-126.

(*l*) Véase más arriba, notas *a* y *b*. Zachariä, p. 101, 102, cita varios otros textos del mismo género.

(*m*) Keller, § 27-31; Wetzell, Vindicationsprozesz, p. 107-110. Este último autor impone con demasiado rigor el carácter de *præjudicium* propiamente dicho á la decision preliminar del *judex*, y en virtud de ello establece una gran semejanza entre el procedimiento por *sponsio* y la *petitoria formula*. Pero aquí la diferencia está más en la forma y en la expresion que en el fondo de las cosas.

§ CCLXXXVIII. *Autoridad de la cosa juzgada.—I. Condiciones.—B) Contenido de la sentencia como base de la autoridad de la cosa juzgada.—Absolucion del demandado.*

Llego al segundo de los casos que puede presentar el contenido de una sentencia (§ 287): la absolucion del demandado. ¿Cuál es su significacion propia y cuáles son sus efectos?

La absolucion del demandado, idéntica á la repulsa de la demanda, es, por su contenido, puramente negativa; no podría implicar reconocimiento de derecho alguno perteneciente al demandado. Esta diferencia importante y radical entre la absolucion y la condena, puede expresarse en estos términos: la condena asegura al demandante tanto una accion como una excepcion, para usar de ellas segun sea necesario; la absolucion en sí asegura al demandado una excepcion pero nunca una accion.

Esta restriccion descansa sobre la naturaleza misma del litigio. Todo demandante, en efecto, reclama la asistencia del juez para cambiar un estado de cosas que no está conforme con el verdadero derecho. El juez, segun su criterio, concede ó rehusa su asistencia; pero nada hay en la accion ejercitada que motive otro acto del juez, principalmente un acto perjudicial al demandante.

La redaccion de la *formula* romana: *si paret condemna, si non paret absolve*, expresa esta diferencia y prueba su realidad. El *condemna* implica la necesidad de un acto positivo impuesto al demandado, el *absolve* contiene simplemente la negacion de toda intervencion. Tal es la alternativa en que el magistrado coloca al *judex*; no le ordena ni le permite nada más.

La aplicacion de esta regla á las acciones personales no ofrece dificultad alguna. El demandante pretende justificar la necesidad de un acto determinado impuesto al demandado, el juez decide que esta necesidad no existe.

No sucede lo mismo respecto á las acciones *in rem*. En los casos más ordinarios é importantes, cuando se trata de la propiedad ó de un derecho de sucesion, el debate tiene por objeto un derecho exclusivo por su naturaleza; y así su

existencia en la persona de una de las partes implica necesariamente que la otra no pueda pretenderlo (§ 287).

Cuando el demandante afirma que existe en su persona uno de estos derechos, el demandado puede combatir este aserto de diferentes maneras. Puede limitarse á destruir las pruebas del demandante; puede tambien pretender y justificar que el derecho litigioso existe en su propia persona, en cuyo caso, segun nuestra regla, la afirmacion del demandante se encuentra implícitamente destruida.

Si el demandado adopta este último partido y logra convencer al juez de la existencia de su derecho, podría crerse que la sentencia debe reconocer este derecho y condenar al demandante, y, por lo mismo, asegurar para el porvenir al demandado una accion y una excepcion. Sin embargo, no sucede así; aquí tambien se limita el juez á rechazar la demanda y su decision es absolutamente la misma, ora pruebe el demandado que la propiedad le pertenece, ora que el demandante no ha justificado su derecho.

La verdad de esta doctrina resulta de las reglas generales establecidas para todas las acciones y principalmente de la alternativa expresada por la *formula* romana, *si paret condemna, si non paret absolve*, que se aplicaba igualmente á las acciones *in rem* y á las acciones personales.

La prueba directa de mi afirmacion se encuentra en un texto importante de Gayo (*a*) cuyo pensamiento y enlace voy á exponer con el fin de llegar al pasaje decisivo sobre la cuestion que nos ocupa.

Tú y yo, dice Gayo, tenemos un litigio relativo á una sucesion. Cada uno de nosotros pretende ser único heredero y detenta los bienes dependientes de la sucesion; de donde resulta que cada uno de nosotros puede ejercitar contra el otro la accion de peticion de herencia. Si yo deduzco primero mi demanda y obtengo una sentencia y tú quieres dirigir despues una accion contra mí, trátase de saber si esta accion es admisible ó debe ser rechazada por la excepcion de la cosa juzgada. Todo depende entónces del contenido de la sentencia. Si pronuncia contra tí una condena, es válida la

---

(*a*) L. 15, de exc. r. j. (XLIV, 2) (Gayo, lib. 30, ad ed. prov). V. sobre este texto Keller, p. 224.

excepcion, pues la cualidad de único heredero, reconocida en mi persona, implica necesariamente que esta cualidad no te pertenece (§ 287, *a*). Si, por el contrario, ha sido rechazada mi demanda, la sentencia en sí no constituye obstáculo alguno para tu accion y nada limita la decision del juez; pue de condenarme ó rechazar tu demanda, pues podría suceder que ninguno de nosotros fuese heredero. Transcribo literalmente la última parte del texto donde se encuentra resuelta nuestra cuestion:

Interest utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra. Si meam esse, nocebit tibi rei judicatæ exceptio: quia eo ipso quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse. Si vero meam non esse, *nihil de tuo jure judicatum intelligitur; quia potest nec mea hereditas esse, nec tua.*

Aqui evidentemente no admite Gayo como posible más que dos decisiones; una condena ó una absolucion que deja íntegros los derechos del demandado, y, por consiguiente, no puede tener ninguna influencia sobre un proceso ulterior relativo á estos derechos. El autor de este texto no admite, pues, que la sentencia pueda atribuir al demandado la cualidad de heredero, pues evidentemente ha querido enumerar todas las soluciones de que es susceptible el primer proceso.

La confirmacion indirecta de nuestra regla se encuentra en la decision de un caso análogo, por más que á primera vista parezca contradecirla. El juramento decisorio que termina un proseso, tiene, en cuanto á sus efectos, mucha analogía con la sentencia; así se les vé con frecuencia representados como actos judiciales de la misma especie (*b*). Ahora bien, si el demandante á quien se defiere el juramento jura que es heredero (ó propietario) adquiere para lo futuro una accion y una excepcion. Si el demandado jura que el demandante no es heredero ó no es propietario, este juramento no le procura más que una simple excepcion (*c*). Hasta aquí estos dos casos son absolutamente iguales.

(*b*) L. 11, § 3, de jurej. (XII, 2); «Si juravero..... hereditatem meam esse, id consequi debeo quod haberem *si secundum me de hereditate pronuntiatum esset.*»

(*c*) L. 11, § 3, cit.; L. 7, § 7, de public. (VI, 2).

Pero el juramento admite todavía otra hipótesis. En efecto, el que defiere el juramento puede hacerlo en la fórmula que le plazca. Así el demandante puede requerir al demandado que jure ser propietario. Una vez prestado este juramento, el demandado adquiere para lo futuro, no sólo una excepcion sino tambien una accion, como lo atestigua formalmente Ulpiano. Desde luego, habla del caso mencionado más arriba en que el demandado jura que el demandante no es propietario, y dice que de este juramento resulta simplemente una excepcion y no una accion *(d)*:

Sed si possessori fuerit jusjurandum delatum, juraveritque *rem petitoris non esse*..... exceptione jurisjurandi utetur..... actionem non habebit..... non enim *rem suam esse* juravit, sed *ejus non esse*.

Pasa despues al caso de que he hablado en último lugar, á saber, cuando el demandado jura ser el mismo propietario, en cuyo caso Ulpiano le concede tambien una accion.

Proinde si cum possideret, deferente petitore, *rem suam esse (e)* juravit, consequenter dicemus... actionem in factum ei dandam.

Hé aquí precisamente el resultado que no puede tener nunca, en mi sentir, una decision judicial: pues ya he dicho que en virtud de semejante sentencia el demandado no adquiere nunca accion. Sostengo, pues, que sobre este punto hay una completa diferencia entre los efectos de la sentencia y los del juramento decisorio.

El motivo esencial y necesario de esta diferencia no es difícil de descubrir. El juramento decisorio tiene todos los caracteres de una transaccion *(f)*, pues el que remite la decision de un proceso á la conciencia de su adversario, obra por su propio impulso y dicta los términos del juramento. Así, cuando requiere al demandado á que jure ser propietario, debe aceptar todas las consecuencias de un juramento prestado en estos términos, puesto que lo ha provocado voluntariamente.

(d) L. 11, pr., § 1, de jurej. (XII, 2).

(e) El manuscrito de Florencia dice: *rem suam juravit* sin *esse*, lo cual no cambia el sentido de la frase, pero le dá cierta dureza. Se encuentra *esse*, no sólo en Haloander sino tambien en la Vulgata; Gebauer no hace mencion de esta palabra.

(f) L. 2, de jurej. (XII, 2).

Nada semejante existe en la sentencia. Aquí no se deja nada al arbitrio de las partes, todo se verifica segun las reglas de derecho rigurosamente determinadas. Es, pues, de igual modo, equitativo rehusar á la sentencia absolutoria la extension de que se trata y admitir que el demandante puede someterse voluntariamente á ella (*g*).

De esta indagacion resulta que el contenido de una sentencia sólo puede tener por objeto la condena ó la absolucion del demandado, nunca la condena del demandante (*h*).

He asentado este principio como regla y he tratado de disipar las dudas que contra su legitimidad se levantaban. Ahora se pretende que esta regla experimenta excepciones y voy á demostrar que estas pretendidas excepciones no tienen más que una apariencia de realidad.

§ CCLXXXIX.—*Autoridad de la cosa juzgada.*—I. *Condiciones.—B).—Contenido de la sentencia como base de la autoridad de la cosa juzgada.—Imposibilidad de la condena del demandante.*

Preténdese que hay dos casos en que, por excepcion, puede ser condenado el demandante; y son la *duplex actio* y la accion en reconvencion. Estos dos casos presentan analogías y diferencias, pero tienen de comun la circunstancia de que cada una de las partes es realmente á la vez demandante y demandado, si bien bajo diferentes relaciones. Así, pues, cuando el demandante primitivo resulta condenado, no lo es en su cualidad de demandante, sino en su cualidad de demandado. Estos dos casos nos ofrecen, por tanto, aplicaciones y confirmaciones de la regla, de ningun modo excepciones.

I. Duplex actio.

(*g*) Mostraré más adelante (§ 291, 292) que esta imposibilidad de la condena del demandante tiene en la práctica consecuencias ménos rigurosas de las que pudiera creerse á primera vista.

(*h*) La condena del demandado á los gastos del proceso no ofrece duda alguna, pero no pertenece á las excepciones de que hablo. Esta condena descansa sobre obligaciones especiales que resultan del procedimiento, y aquí sólo me ocupo de los efectos de la sentencia sobre las relaciones de derecho que, independientemente del proceso, existen entre las partes.

He hablado ya (§ 225) de esta clase de acciones. Tienen por carácter distintivo que la doble cualidad de las partes no se debe á la voluntad arbitraria del demandado, sino á la naturaleza misma de la accion; desde el momento en que estas circunstancias existen el juez no puede dispensarse de tenerlas en cuenta.

Entre estas acciones figuran las tres de particion y los dos interdictos *uti possidetis* y *utrubi*.

La fórmula de las acciones de particion se componía de dos partes; la una personal, la otra que tenía carácter de adjudicacion. Cuando trate de la accion en reconvencion mostraré cómo debía ser concebida la primera para atribuir á cada una de las partes la cualidad de demandante y de demandado. En cuanto á la adjudicacion, presentábase bajo una forma impersonal en lo cual se parecía á la *intentio* de una accion *in rem (a)*.

La fórmula de los dos interdictos de que acabo de hablar se dirigía igualmente á dos partes *(b)* y de este modo expresaba directamente que ambas partes debían conservar sus posiciones respectivas, sin distinguir, como respecto á las demás acciones, la situacion de demandante y demandado.

II. Acciones en reconvencion *(c)*.

Cuando sobre una accion ejercitada el demandado lleva ante el mismo juez una accion dirigida contra el mismo demandante, esta segunda accion es llamada reconvencional, siempre que tenga conexion con la demanda principal *(d)*.

Hay dos clases de conexiones.

(a) Gayo, IV, § 42: «Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato.» El nombre de Ticio parece avenirse mal con el carácter impersonal atribuido á la fórmula, y podría ser una falsa leccion del manuscrito. Los nombres ordinarios de las partes, Aulo, Gelio y Numerio Negidio, parecen haberse evitado de propósito. El sentido, que no es en modo alguno dudoso, estaría perfectamente traducido por *utrique* ó *alterutri*, puesto que, segun las circunstancias, se atribuye la totalidad á una de las partes ó se divide entre cada una de ellas.

(b) L. 1, pr., uti poss. (XLIII, 17): «Uti... possidetis, quo minus ita possideatis, visu fieri veto.» L. 1, pr., de utrubi (XLIII, 31): «Utrubi hic homo... fuit, quo minus is eum ducat, visu fieri veto.»

(c) V. Principalmente Linde, Lehrbuch, § 95, 211

(d) Así, pues, no deben confundirse con el caso que nos ocupa todos aquellos en que las mismas partes sostienen ante el mismo juez varios procesos que no tienen entre sí ninguna conexion. Entre los romanos po-

1) La una resulta únicamente de la circunstancia de que el primer demandante estaba obligado á comparecer ante un magistrado cuya jurisdiccion hubiera podido, sin esto, declinar (conexion impropiamente dicha). Es más, existía ya en derecho romano (*e*).

2) La otra es más profunda porque reune la instruccion de dos negocios y los termina por una sola y única sentencia; esto es lo que los autores modernos llaman *simultaneus procesus.*

Pertenece este caso á la presente indagacion, porque la conexion influye entónces sobre el contenido de la sentencia y algunas veces determina una condena pronunciada en apariencia contra el demandante; condena cuya posibilidad he negado en absoluto.

Esta especie de conexion existía en derecho romano y aún en tiempo del antíguo procedimiento formulario. Trátase únicamente de saber de qué manera se podían reunir dos procesos diferentes en una sola y misma fórmula.

Era ciertamente posible, pero con las siguientes condiciones: la accion en reconvencion debía tener por objeto una prestacion recíproca motivada por el mismo acto jurídico y esto sólo podía tener lugar en las *bonæ fidei actiones.* Así, pues, cuando á una *actio emti* quería el demandado oponer una *actio venditi*, fundada en el mismo contrato, ó bien á una *actio pro socio* la accion del mismo nombre, ó bien to-

---

día tener lugar esta variedad de procesos ante el mismo juez, como entre nosotros ante el mismo tribunal. La misma persona puede ser demandante en todos estos procesos. (L. 18, de except. XIV, 1); cada una de las partes puede representar opuestos papeles. (L. 18, pr. man. 17, 1; L. 18, pr. de compens. XVI, 2; L. 1, § 4. quæ sent. XLIX, 8). sin que por esto exista accion reconvencional. La expresion *mutua petitio*, que se aplica á los casos de esta segunda especie y áun á la simple excepcion de la compensacion (L. 6, C., de comp. IV, 31, L. 1. C., rer. amot., V. 21), no es más que una designacion cierta de la accion reconvencional, para la cual no tenian los romanos una expresion técnica. La palabra *reconventio* no se encuentra en ningun texto auténtico (la L. 5. C. de fruct., VII, 51, es restituida); dicha palabra ha sido introducida por el derecho canónico.

(*e*) L. 22, de jud. (V, 1). Cuando la primera accion era *extraordinaria* la accion reconvencional se deducía tambien ante el *præses* sin *judex.* L. 1. § 15, de extr. cogn. (L. 13). Cuando, por el contrario, se había llevado la accion ante un magistrado municipal que no podía juzgar más que hasta cierta suma, este magistrado no era competente para conocer de la accion reconvencional superior á esta suma. L. 11, § 1. de jurisd. (II, 1).

davía á una *actio commodati directa, la actio contraria*, se podía comprender la accion reconvencional en la misma fórmula y terminarla por la misma sentencia que la accion principal. En todos los demás casos, es decir, en todas las acciones que no tenían una base comun, era esto imposible. Pero en los casos en que las necesidades de la práctica exijen hoy la accion en reconvencion, las dos acciones eran simultáneamente remitidas ante el mismo *judex*. Constituciones imperiales ordenaban que cuando se encontrasen dos acciones así reunidas, la primera sentencia no se ejecutara ántes que se hubiese dictado la segunda (*f*).

En los casos de conexion real entre dos acciones la fórmula se redactaba evidentemente del siguiente modo. Una *demonstratio* exponía el conjunto del litigio: despues venía un *intentio* concebida próximamente en estos términos: quid quid ob eam rem *alterum alteri* dare facere oportet ex fide bona, judex condemna (*g*), que es precisamente como estaba redactada la fórmula de la *duplex actio*, mencionada más arriba, pues las acciones de particion eran tambien *bonæ fidei* (*h*). Toda la diferencia se reducía probablemente á que esta redaccion de la fórmula, adoptada siempre para la *duplex actio*, no se empleaba para las acciones reconvencionales, sino cuando el demandado reclamaba una fórmula semejante, pues era libre para ejercitar la accion en recon-

---

(*f*) L. 1, § 4. quæ sent. (XLIX, 8). Esta manera artificial de tratar los casos de esta especie prueba claramente que era imposible encontrar en las fórmulas del procedimiento romano una accion reconvencional, propiamente dicha, cuando no habia conexion entre las reclamaciones recíprocas.

(*g*) Alusiones inequívocas á esta fórmula, y que suponen su aplicacion, se encuentran en los textos siguientes: Gayo III, § 137 (con motivo de las obligaciones quæ *consensu* contrahuntur): «Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo *quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet*.» Ciceron, Top. C. 17. Ensalza el orador la influencia de los jurisconsultos, á los cuales debe recurrirse principalmente cuando se trata de acciones *ex fide bona, ut inter bonos, quid æquius melius.*» Illi enim dolum malum, illi filli bonam... illi quid... *alterum alteri præstare oporteret*... tradiderunt.» Ciceron, de off., III. 17. dice, hablando de los *bonæ fidei judicia*: «in his magni esse judicis statuere (præsertim cum in plerisque essent judicia contraria) *quid quemque cuique præstare oporteret*.» Estos consejos y estas decisiones no hubieran encontrado nunca aplicacion si no hubieran existido fórmulas para autorizar y para obligar al *judex* á pronunciar sobre estas *reclamaciones recíprocas*.

(*h*) § 28, J., de act. (IV, 6).

vencion (*i*). El resultado final del litigio era siempre el mismo: posibilidad de una condena para una y otra parte.

La abolicion del procedimiento por formulas destruyó las difiultades de forma que estorbaban la marcha del procedimiento. Desde entónces siguió éste el mismo camino que en nuestros dias, la accion reconvecional tomó una nueva extension y pudo ejercitarse independientemente de toda comunidad de orígen con la demanda principal. Sin embargo, el demandado que quería hacer valer en un proceso una accion en reconvencion debía siempre presentarla al comenzar el procedimiento.

Justiniano somete la accion reconvencional á reglas que la práctica moderna no ha admitido nunca. Consideró dicha accion, ejercitada ante el mismo tribunal, no sólo como un derecho, sino tambien como una obligacion del demandado. Si este no aceptaba al juez, ante el cual era citado, podía pedir la remision de ambas acciones ante otro juez (el juez competente de su adversario). Si no tomaba ninguno de estos partidos, no podía ejercitar la accion reconvencional hasta despues de la sentencia del proceso comenzado contra él (*k*).

Antes de ir más léjos, debo señalar la relacion que existe entre la accion reconvencional y la compensacion, pues los desenvolvimientos de estas dos instituciones ofrecen, sino una semejanza completa, al ménos mucha analogía. Respecto á la clase de contratos de que más arriba he hablado,

---

(*i*) En la ley 18, § 4, comm. (XIII, 6), Gayo dice que la contraria *commodati actio* es ordinariamente supérflua, porque su objeto puede ser opuesto como compensacion á la *directa actio* del adversario. Despues añade: hay, sin embargo, casos en que esta accion es indispensable, principalmente cuando la *directa actio* no puede ser ejercitada por consecuencia de la pérdida accidental, y de la restitucion voluntaria de la cosa. Al frente de los casos en que es indispensable la *contraria actio*, coloca el siguiente: «Sed fieri potest, ut amplius esse, quod invicem, aliquem consequi oporteat... dicemus, necessariam esse contrariam actionem.» Podría entenderse este pasaje en el sentido de que, siendo todavía imposible en tiempo de Gayo la accion reconvencional, no podía hacerse valer en el proceso principal ninguna reclamacion superior á la del demandante. Pero estas palabras se aplican con igual propiedad al caso en que no pudiendo el demandado precisar desde luego el importe de su reclamacion, había descuidado pedir una fórmula semejante á la mencionada en el texto. Hablaré en seguida (§ 2?9) de la modificacion que parece haberse introducido sobre este punto en tiempo de Papiniano.

(*k*) Nov. 96, C. 2.

dan lugar los mismos hechos á la compensacion y á la accion en reconvencion. La compensacion basta cuando se trata únicamente de contrarrestar la demanda principal en totalidad ó en parte. Si esta compensacion excede á la demanda resulta necesario una accion reconvencional; si el demandado no la ejercita, sólo puede hacer valer sus derechos por medio de una accion nueva distinta (nota *h*). En tiempo de Gayo la accion reconvencial, como la compensacion, no podía aplicarse más que á reclamaciones fundadas en el mismo acto jurídico (*l*). Marco Aurelio extendió el uso de la compensacion, permitiendo oponerla por medio de una *doli exceptio* á toda clase de *condictio*, es decir, sin tener en cuenta la comunidad de orígen de las dos reclamaciones (*m*). Esta extension de la compensacion es, por tanto, anterior en mucho á la extension de la accion reconvencional, que puede haber sido admitida hasta despues de la abolicion del procedimiento formulario. Esta diferencia cronológica se explica facilmente. La extension de la compensacion por medio de una excepcion desde hacía largo tiempo conocida no presentaba ninguna dificultad de procedimiento. Una extension semejante en la accion reconvencional era apenas posible mientras que hubo necesidad de reunir en una sola *formula* el contraste de dos acciones del todo diferentes. En semejantes circunstancias el único partido que debió tomarse fué admitir entre las mismas personas dos *mutuæ actiones*, instruidas simultáneamente ante el mismo *judex* (notas *d*, *f*) procedimiento que, en cuanto á sus efectos, difería ménos de lo que pudiera creerse de una accion reconvencional propiamente dicha.

Toda esta investigacion sobre la accion reconvencional no es más que un preliminar para llegar á resolver la cuestion sobre sí contra la regla más arriba establecida (§ 288), puede tener la accion reconvencional por efecto causar una condena verdadera al demandante. Esta cuestion ha sido ya

---

(*l*) Gayo, IV, § 61: «ex eadem causa» y esto como institucion especial de las *bonæ fidei actiones*. No tengo que ocuparme aquí de las disposiciones del antiguo derecho relativas al *argentarius* y al *bonorum emtor*. V. Gayo, IV, § 64 y sig.

(*m*) He tenido ya ocasion, (t. I, § 45) de exponer el desenvolvimiento histórico de esta institucion.

formulada respecto á la *duplex actio*, y la solucion es absolutamente la misma: de la accion reconvencional, de igual manera que de la *duplex actio*, sólo resulta contra el demandante una apariencia de condena. Sin duda puede ser condenado el demandante primitivo, pero entónces es condenado como demandado y no como demandante.

He aquí en su conjunto la relacion que presenta una accion reconvencional junta con una accion principal: hay en realidad dos procesos y dos sentencias, donde figuran las mismas personas pero con cualidades inversas. Si algunas veces parece el demandante condenado, se debe esta apariencia á la reunion de las dos sentencias en una sola.

Por lo demás, esta relacion es susceptible de las más diversas aplicaciones.

1) A una accion personal puede oponerse una accion reconvencional personal, ó *in rem*.

2) A una accion *in rem* puede oponerse una accion reconvencion al personal, de igual modo que *in rem* (*n*).

Segun lo dicho, se vé que no hay en la accion reconvencional ni en la *duplex actio* nada que contradiga nuestra regla (§ 288) sobre la imposibilidad de la condena del demandante.

Existen, sin embargo, ciertas aplicaciones particulares que permiten dudar que este principio haya sido siempre rigurosamente seguido en las fuentes del derecho; en su virtud, ¿podemos nosotros mantenerlo sin admitir algunas modificaciones? Estas diversas aplicaciones van á ser ahora objeto de nuestro estudio.

§ CCXC.—*Autoridad de la cosa juzgada.*—I. *Condiciones.*—B. *Contenido de la sentencia como base de la autoridad de la cosa juzgada.—Imposibilidad de la condena del demandante.* (Continuacion.)

I. Una ley de Justiniano del año 530 ha suscitado en

(*n*) La cuestion de saber hasta qué punto la naturaleza exclusiva del *forum rei sitæ* al ménos para los inmuebles, constituya aqui una excepcion (excepcion inadmisible en derecho romano) es muy controvertida en la práctica del derecho comun. Esta cuestion, como puramente procesal, está fuera de nuestra investigacion. Véase sobre este punto Glück, t. VI, § 515; Linde, Lehrbuch, § 88, 90; Heffter, Archive für civil, t. X, p. 315.

todo tiempo graves dificultades, porque á primera vista parece autorizar al juez en todos los casos á condenar al demandante, si lo cree conveniente. Voy á transcribir el texto de esta ley acompañándolo de un comentario; pero ántes voy á decir algunas palabras de introduccion.

Justiniano toma por punto de partida una decision de Ulpiano que parece establecer un principio nuevo. No sólo aprueba el emperador este principio, sino que le dá una extension cuyo fin está con bastante claridad indicado. Trátase de una decision de Papiniano, cuyo texto nos falta, pero que debemos explicar y completar segun el derecho vigente en su tiempo, sin olvidar que Ulpiano trata probablemente de mejorar este derecho que él interpreta con toda libertad.

Nuestro texto supone evidentemente la relacion general que sirve de base á toda accion reconvencional; de otro modo, no podria hablarse de las obligaciones del demandante; ni de la condena que ha de pronunciarse contra él. Pero no vemos que el demandado haya ejercitado formalmente una accion en reconvencion; nuestro texto parece más bien indicar una obligacion del demandante que excede á su reclamacion y se ha justificado durante el curso del litigio.

Hé aquí, pues, lo que parece resultar de este conjunto de circunstancias. Papiniano supone, sin duda, el caso de reclamaciones recíprocas fundadas en obligaciones nacidas de un contrato *bonæ fidei*; pues, de otro modo, en tiempo de Papiniano y en tanto que subsistió el procedimiento formulario, una accion reconvencional hubiera sido absolutamente imposible (§ 289). Trátase, pues, necesariamente de reclamaciones recíprocas *ex eadem causa, ex eodem negotio,* lo que parece además confirmado por las últimas palabras del texto: eum habere et contra se judicem *in eodem negotio,* non dedignetur *(a).*

Si en semejante caso hubiera sido ejercitada la accion reconvencional en el momento de la *litiscontestatio* y el pretor hubiese dado la fórmula: quidquid *alterum alteri* dare facere oportet (§ 289), el *judex* hubiese tenido evidentemen-

(a) No arguyo esta interpretacion sino relacionándola con las otras razones que acabo de exponer: reconozco que las palabras citadas, tomadas aisladamente, podrían significar: en el mismo proceso. Sartorio, Widerklage, p. 319, 323-329, se declara por esta última explicacion.

te facultad para condenar al demandante primitivo (demandado en la accion reconvencional), lo cual estaba admitido desde hacía demasiado tiempo para que constituyera una innovacion cuyo mérito se debiese á Ulpiano.

Si, por el contrario, el demandado creyese desde el principio tener derecho á formular una reclamacion inferior á la demanda principal, la excepcion de compensacion era entónces suficiente; pero si habiendo olvidado hacerla insertar en la formula, descubría durante el curso del litigio que su reclamacion excedía del importe de la demanda principal, en tiempo de Gayo no podía obtener condena y debía intentar una accion nueva. La innovacion de Papiniano parece haber tenido por objeto autorizar en este caso la condena del primer demandante y admitir, de este modo, una reconvencion tácita *(b)* cuando las dos partes estaban sometidas á la jurisdiccion del magistrado que había nombrado el *judex*.

Justiniano confirmó esta decision y la extendió tambien al caso en que el magistrado que no era competente para el primer demandante solamente lo fuera para la accion reconvencional (tácita).

Hé aqui ahora el texto cuya explicacion he dado en parte:

L. 14, C., de sent. et interl. (VII, 45).

Imp. Justinianus A. Demostheni P. P.

Cum Papinianus, summi ingenii vir, in quæstionibus suis rite disposuerit, non solum judicem de absolutione rei judicare *(c)* sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus *(d)*, condemnare hujusmodi sententiam non so-

---

(*b*) Véase § 289, nota *i*, donde se encuentra desenvuelta la doctrina contraria de Gayo.

(*c*) El *judicare* que expresan los manuscritos y las antiguas ediciones es exigido por el conjunto de la frase en el texto de la edicion de Gotinga; se encuentra tambien la leccion *judicatæ* que no da ningun sentido.

(*d*) Es decir: «cuando en el curso del proceso el demandado alega que tiene que ejercitar en el mismo negocio reclamaciones superiores á la demanda principal.» Para reclamaciones importantes del mismo negocio que no tenian necesidad de ser presentadas en el momento de la *litiscontestatio*, ni mencionadas en la formula, era posible este reconocimiento accidental, no para las reclamaciones extrañas. Si se presentaban estas desde el principio, tomaban el carácter de una accion reconvencional expresa, evidentemente admisible en todos los casos, al ménos en tiempo de Justiniano.

lum roborandam *(e)*, sed etiam augendam esse sancimus *(f)* ut liceat judici, vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel factorum pronuntiare *(g)*, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur *(h)*. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem *in eodem negotio* (*i*) non dedignetur. 530.

La explicacion que doy aquí de esta ley concuerda, en cuanto al resultado, con las doctrinas de la mayor parte de los autores antiguos y de varios autores modernos (*k*); otros, por el contrario, dan á esta ley más extension y pretenden que en virtud de este texto el demandante puede siempre ser condenado, aunque las reclamaciones recíprocas no tuvieran un orígen comun (*l*).

Resumiré en pocas palabras el resultado de esta explicacion. La facultad ilimitada de ejercitar una accion reconvencional expresa ha sido reconocida anteriormente (§ 289)

(*e*) Al comenzar aquí Justiniano por confirmar la decision de Papiniano, es claro que se refiere al único caso que pudo tener en cuenta Papiniano.

(*f*) Esta extension puede entenderse de dos maneras: como aplicacion á otros casos, ó como aplicacion independientemente de la competencia del juez. El resto del texto no habla de de estos casos; expresa. por el contrario la independencia de la competencia: en esto sólo consiste, por tanto, la nueva extension, y es evidente que Papiniano no iba más léjos.

(*g*) Toda sentencia versa, en sí misma, sobre un *dare* ó un *facere*, tomando estos términos en su sentido general. Pero si se considera que en el procedimiento formulario *dare facere oportere* constituía el contenido característico de la *intentio* en las acciones personales, y si por otra parte, se recuerda que el legislador se refería á un texto de Papiniano, donde ciertamente se tomaban estas palabras en su acepcion técnica, vienen dichas palabras á confirmar mi suposicion de que el texto entero habla exclusivamente de las *obligaciones* recíprocas.

(*h*) Estas palabras contienen la nueva prescripcion de Justiniano; explican, pues, las que preceden: sed etiam augendam esse.

(*i*) Véase sobre estas palabras la nota *a*.

(*k*) Zimmern, Rechtsgeschichte, t. III, p. 312, 313; Heffter, Archiv. für civil. t. X, p. 212, 213.

(*l*) Sartorio, Widerklage, p. 43, 59, 319, 323, 329. Aunque este autor no concuerda en modo alguno conmigo, respecto á la interpretacion de estos textos, no podría, en último resultado, considerarlo como adversario. En efecto, si no lo he comprendido mal, dicho autor admite, sin restriccion alguna, la aplicacion de una accion reconvencional expresa, y por mi parte, soy de su opinion en lo que respecta al tiempo de Justiniano y al procedimiento actual. Creo únicamente que se engaña cuando invoca á este propósito la L. 14, C. de sent., ley que, en mi sentir, se aplica á una accion reconvencional tácita.

y nuestra ley no se ocupa de ella; pero admite además una accion reconvencional tácita, con probabilidades de condena del demandante, cuando la reclamacion superior que ha de ejercitarse contra éste aparece durante el curso del litigio, pero en los únicos casos en que la demanda de reconvencion se refiere al mismo acto jurídico que la demanda principal.

Pregúntase ahora si esta decision especial es aplicable al procedimiento moderno. Por mi parte, creo que debe negarse en absoluto, y esto por analogía con las prescripciones rigurosas establecidas en materia de excepciones por el último decreto del imperio. En efecto, la causa de que las excepciones que no han sido presentadas desde el principio del litigio se pierdan por esta instancia se aplica con mayor razon á la accion reconvencional que el demandado no ha ejercitado, como tal accion, desde el principio del proceso. Aunque el hecho sobre el cual se fundara más tarde la accion reconvencional hubiera sido alegado realmente á título de excepcion, es muy importante para la marcha del procedimiento y para el sistema de defensa del demandante que si el demandado quiere ejercitar una accion en reconvencion debe declararlo desde el principio.

Esta doctrina se encuentra tambien confirmada por una decision mucho más antigua del derecho canónico. Así, cuando á una demanda judicial se opone un hecho de expoliacion, este recurso puede presentarse bajo la forma de una excepcion ó como accion reconvencional. El Papa Inocencio III decide que, en el primer caso, la accion puede ser á lo más rechazada, pero que, en el segundo, el demandante puede ser condenado *(m)*. Esto prueba evidentemente, que un hecho alegado por el demandado no podría llegar á ser más tarde la base de una accion en reconvencion, y que para valer como tal debe haberse manifestado el propósito desde el principio.

Estos resultados no dejan subsistir ni áun la apariencia de duda de que la ley de Justiniano pueda ser invocada contra la regla que declara que el demandante no pueda nunca, como tal demandante, incurrir en una condena (*n*).

(*m*) C. 2, X, de ord. cogn. (II, 10).
(*n*) V. el final del § 288.

II. He mostrado (§ 283) que la accion de propiedad no podria tener más que dos resultados, la condena del demandado, es decir, el reconocimiento de la propiedad en la persona del demandante; la absolucion del demandado, que casi siempre quiere decir que el demandante no es propietario. Un tercer resultado, á saber, el reconocimiento directo de la propiedad en la persona del demandado, es decir, la condena del demandante no es posible ni áun en el caso en que dicho demandado hubiese justificado su derecho de propiedad y hecho rechazar por esta causa la demanda de su adversario.

Esta consecuencia lógica y necesaria de los principios que acabo de exponer, puede, sin embargo, segun las circunstancias, traer graves inconvenientes y conducir á la violacion del verdadero derecho. En efecto, si el demandado consigue suministrar la prueba completa de su propiedad, esta prueba puede desaparecer más tarde; así, por ejemplo, los testigos pueden morir. Si posteriormente la propiedad de la cosa viene á caer en manos del demandante cuya accion ha sido rechazada, el demandado ó sus herederos tendrían un gran interés en ver garantizado su derecho de propiedad por la autoridad de la cosa juzgada, pues habiendo parecido las pruebas pueden encontrarse en la impotencia de justificar sus derechos. Ahora bien, ¿cómo conseguir este fin tan justo como equitativo?

Podría creerse que bastaba al demandado oponer á la reclamacion de su adversario la reclamacion inversa (como accion reconvencional) y que de este modo obtendría la condena.

Pero este medio le está prohibido por la misma razon de que posee, pues la accion de propiedad no puede ser ejercitada sino por el no poseedor contra el poseedor (*o*).

Esta necesidad de la práctica se encuentra plenamente satisfecha por la autoridad de la cosa juzgada atribuida á los motivos de la sentencia, como demostraré más adelante (§ 291). En efecto, el demandado que en nuestra hipótesis rechaza una accion de propiedad sosteniendo que él mismo es propietario, obtiene por este motivo, si llega á convencer

(*o*) § 2, J. de act. (IV, 6); L. 9, de rei vind. (VI, 1).

al juez, que sea rechazada la demanda; pero la forma de la sentencia es siempre una absolucion y no la condena del demandante. Ahora, como la autoridad de la cosa juzgada alcanza al motivo, dicha autoridad garantiza al demandado este motivo de absolucion y le permite invocarlo en el porvenir, aún en los procesos donde figure como demandante, de modo que su absolucion, por lo que respecta á las ventajas prácticas, equivale á la condena de su adversario.

III Todo lo dicho sobre la accion de la propiedad se aplica á la de peticion de herencia. Así, cuando el heredero familiar reclama contra un detentador de la sucesion que pretende ser heredero testamentario, si el juez reconoce la validez del testamento y por este motivo absuelve de la demanda al demandado, este motivo adquiere la autoridad de la cosa juzgada y el heredero testamentario puede invocarla en el porvenir, aún en los procesos en que figure como demandante.

La peticion de herencia puede ofrecer, sin embargo, un caso que no presenta nunca la accion de la propiedad. El proceso puede entablarse de tal manera que no se encuentre reconocido indirectamente el derecho del demandado (por la autoridad de la cosa juzgada que acompaña á los motivos de la sentencia), sino por una decision directa del juez. En efecto, cuando dos individuos pretenden la totalidad de una sucesion y cada uno de ellos posee bienes que de ésta dependen, cada uno puede ejercitar contra el otro la peticion de herencia por la totalidad de la sucesion y ser declarado, por consiguiente, único heredero, título que irrevocablemente le asegura la autoridad de la cosa juzgada *(p)*.

Puede suceder tambien que el uno ejercite la accion y el otro apoye la accion del mismo nombre como reconvencional. En semejante caso la sentencia puede atribuir la totalidad de la sucesion, ora al primer demandante, ora al demandante reconvencional; puede tambien rechazar ambas demandas.

La accion reconvencional puede, pues, motivar aquí una sentencia en que la cualidad de heredero sea directamente

---

(p) L. 15, de exc. r. j. (XLIV, 2); V. § 288 *a*.

reconocida en la persona del demandante primitivo, combinacion que hemos debido declarar imposible para la accion de la propiedad (*q*).

La razon de esta diferencia consiste en que el derecho de sucesion sólo puede existir respecto á la totalidad ó respecto á una parte alícuota de los bienes; pero la peticion de herencia, aunque tenga por objeto la totalidad de un patrimonio, se encuentra fundada en la persona del demandado por la posesion de una cosa perteneciente á la sucesion, siempre que el demandado posea *pro herede* ó *pro possessore*.

IV. La accion *negatoria* exige algunas explicaciones. Se sabe que esta accion tiene por carácter especial el obligar al demandado á probar la existencia de la servidumbre y que no existe otro medio para hacer rechazar la demanda. Si segun el rigor del principio se pretendiera aquí atribuir á la absolucion un efecto puramente negativo, el demandado no encontraría en la absolucion de la demanda un reconocimiento positivo de la servidumbre. Si más tarde, despues de haber entrado en posesion de esta servidumbre, quería ejercitar la accion *confessoria*, debería suministrar por segunda vez la prueba, sin poder invocar la autoridad de la cosa juzgada. Esto sería tanto más duro cuanto que en el primer proceso no presentó voluntariamente sus pruebas (como puede hacerlo el demandado cuando se trata de la accion de la propiedad) sino obligado por una prescripcion de las reglas generales del derecho.

Aquí tambien, como en las dos acciones de que ántes he hablado, la autoridad de la cosa juzgada, atribuida á los motivos de la sentencia, viene en ayuda del demandado y le protege indirectamente. El demandante puede, además, obtener el reconocimiento directo de su derecho, no por una

(*q*) Podía creerse que sucedía lo mismo en el caso en que poseyendo Gayo una parte determinada de una finca, y Seyo el resto de la misma, pretendiera cada uno de ellos la propiedad de toda la finca. Pero aquí cada uno no puede ejercitar contra el otro la accion de propiedad más que en lo respectivo á la parte de que no tiene posesion, y la sentencia sólo pronuncia sobre la propiedad de esta parte; de modo que hay dos juicios diversos sobre objetos diferentes tambien. Lo mismo sucede cuando posee cada uno la mitad ideal de la cosa; entónces, cada uno tiene una *partis vindicatio*, y hay tambien dos sentencias distintas sobre objetos jurídicos diferentes. En ambos casos las dos acciones podrian reunirse como accion y accion reconvencional, sin diferencia alguna.

circunstancia accidental del litigio, como se ha visto apropósito de la peticion de herencia, sino en todos los casos sin excepcion. En efecto, puede desde luego ejercitar la accion *confessoria* como accion reconvencional, y si prueba que la servidumbre existe, debe entónces el juez condenar al demandante (como demandado en la accion reconvencional) á reconocer la existencia de la servidumbre.

Puede tambien justificarse esta posicion favorable del demandado en la accion *negatoria*, segun la fórmula de esta accion, que se encuentra así concebida: *si paret Negidio jus non esse*, etc. Para rechazar esta accion el juez pronuncia: *non videtur Negidio jus non esse*, etc., lo cual equivale á decir: *Negidio jus esse*, etc.

§ CCXCI.—*Determinacion más rigurosa del contenido de la sentencia.—Los motivos tienen la autoridad de la cosa juzgada.*

La indagacion precedente sobre el contenido de la sentencia (la condena y la absolucion) contiene las bases reales y necesarias de la teoría de la autoridad de la cosa juzgada; pero esta indagacion no agota de ningun modo el asunto, siendo necesario determinar con más rigor cual sea el verdadero contenido de la sentencia, si queremos abrazar en su conjunto la realidad de las cosas.

Es una doctrina muy antigua y sostenida por un gran número de autores que la autoridad de la cosa juzgada pertenece á la sentencia solamente y no á sus motivos; doctrina que se resume en estos términos: la autoridad de la cosa juzgada no existe más que para la parte dispositiva de la sentencia.

Antes de discernir las confusas y erróneas ideas que preocupan á los partidarios de esta doctrina, es necesario mostrar que el principio así formulado, independientemente de la verdad que contenga, tiene una doble aplicacion. Desde luego, la expresion misma autoridad de la cosa juzgada, se refiere directamente al porvenir é indica que la ficcion de verdad no alcanza á los motivos de la sentencia. La segunda aplicacion, que se relaciona con la primera y difiere ménos de ella, se refiere al litigio actual; despojando, en efecto, el principio á los motivos de la autoridad de la cosa

juzgada; no existe ningun recurso jurídico para atacarlos y la jurisdiccion superior no tiene que conocer de ellos. En este segundo sentido puede decirse: el contenido de la sentencia investido de la autoridad de la cosa juzgada es el único de que se puede y debe apelar ante un juez superior. Si, pues, justifico que la autoridad de la cosa juzgada existe respecto á los motivos de la sentencia, habré justificado, tambien, por esto mismo la posibilidad y la necesidad de la apelacion.

En el principio cuya verdad trato de discutir ahora se encuentran confundidas frecuentemente dos diferentes aserciones cuyo verdadero sentido puede referirse á las dos cuestiones siguientes.

I. ¿Cuál es realmente el pensamiento del juez, y, por tanto, cuál es la expresion de este pensamiento investido de la autoridad de la cosa juzgada, es decir, elevada á la ficcion de verdad?

Para poner en evidencia la relacion de la cuestion así propuesta con el principio más arriba formulado, diré: cuando el pensamiento completo del juez abraza la relacion lógica del motivo y consecuencia (y este caso es el más ordinario), debemos tambien atribuir á este motivo la autoridad de la cosa juzgada ó atribuirlo exclusivamente á la decision basada sobre este motivo?

II. ¿Por medio de qué signos podemos reconocer el verdadero pensamiento del juez? ¿Dónde debemos buscarlo?

Para hacer resaltar la relacion de esta segunda cuestion con el principio, recordaré que desde hace varios siglos muchos tribunales de justicia acostumbran unir á cada uno de sus decretos su justificacion explícita, llamada, unas veces, motivos de la sentencia, otras razones de dudar y de decidir. Compuesta así de dos partes la sentencia, trátase de saber si la autoridad de la cosa juzgada pertenece solamente á una de ellas, la dispositiva, ó bien á ambas; en otros términos, los motivos de la sentencia ¿tienen autoridad de cosa juzgada?

Estas dos cuestiones son evidentemente diversas y la palabra motivos responde en cada una á cuestiones enteramente distintas. La primera cuestion se refiere á la esencia misma de las cosas y puede siempre ser planteada. La segunda se refiere á la forma y está sobordinada á una redac-

cion especial de las sentencias, redaccion cuyo uso no está generalmente adoptado. Entre los autores que niegan ó atribuyen á los motivos la autoridad de la cosa juzgada, hay varios que no se han apercibido de la diferencia entre estas dos cuestiones y tratan este asunto como si no hubiera más que una cuestion que resolver. Por lo demás, la mayor parte parecen ocuparse solamente de la segunda; pero ésta solo tiene valor é importancia cuando áun, sin saberlo, se encuentra en juego la primera.

Trato ahora de resolver la primera cuestion que vuelvo á plantear en los siguientes términos:

¿Qué es lo que está investido de la autoridad de la cosa juzgada por la voluntad expresa del juez?

Me colocaré primeramente en la posicion de los que niegan en absoluto á los motivos la autoridad de la cosa juzgada, y llevando la abstraccion hasta sus últimos límites, trataré de privar á la sentencia del carácter de una voluntad expresada.

En esta hipótesis podría estar la condena concebida del siguiente modo:

Se condena al demandado á entregar al demandante una cosa determinada ó á pagarle una cierta suma (*a*).

La absolucíon lo sería en estos términos:

El demandado queda absuelto de la demanda formulada contra él.

En ninguna de ellas habría el menor vestigio de motivos.

Pero sí debe reconocerse la autoridad de la cosa juzgada cuya necesidad se demostró anteriormente, es igualmente inaplicable é inadmisible semejante abstraccion.

Esto es lo que voy á probar tomando sucesivamente como punto de partida: 1.°, los efectos para lo futuro de la autoridad de la cosa juzgada; 2.°, la naturaleza del litigio y la mision del juez.

La autoridad de la cosa juzgada tiene por efecto hacer considerar como verdadero el contenido de una sentencia siempre que se presente la misma cuestion de derecho ante

---

(*a*) Cuando la sentencia expresa: «se condena al demandado á devolver los cien escudos que le han sido prestados,» el motivo de la decision, es decir, la obligacion resultante del préstamo, se encuentra expresado en la sentencia.

un tribunal, es decir, siempre que haya identidad entre el proceso juzgado y el proceso intentado *(b)*.

Ahora bien, las abstracciones cuyos ejemplos he presentado no permiten hacer constar esta identidad que sirve de base á la aplicacion de la autoridad de la cosa juzgada, y es fácil convencerse de ello.

Las condiciones de toda condena, como de toda absolucion, pueden ser de una naturaleza muy compleja.

Las condiciones positivas de la accion de la propiedad son siempre: 1.°, la propiedad del demandante; 2.°, la posesion del demandado. Pero este último puede oponer á la demanda varias especies de excepciones, por ejemplo: A) una transaccion sobre el litigio; B) un contrato relativo á la cosa litigiosa, tal como un contrato de arrendamiento; C) la *exceptio hypothecaria*.

La peticion de herencia se encuentra sometida á las condiciones siguientes: 1.°, el demandante debe ser heredero; 2.°, el demandado debe poseer cosas determinadas y poseerlas *pro herede* ó *pro possessore*; 3.°, las cosas poseidas deben depender de la sucesion. A la peticion de herencia pueden oponerse diversas excepciones, por ejemplo: A) la prescripcion de la accion, B) una transaccion.

Toda accion personal implica como condicion necesaria la validez de la accion que le sirve de base. Se le puede oponer la excepcion de compensacion y la excepcion de pago.

Estas diversas acciones no entrañan condena sino cuando el juez se convence de que existen todas las condiciones de la accion y que son infundadas todas las excepciones presentadas por el demandado.

Para la absolucion basta que el juez reconozca la ausencia de una sola de las condiciones necesarias de la accion ó la validez de una sola de las excepciones. La fórmula abstracta de absolucion, presentada más arriba, fórmula que se limita á rechazar la demanda, no nos enseña, pues, cuál ha sido el pensamiento del juez. Así, en el caso citado, como ejemplo, de la accion de la propiedad, el juez puede haber reconocido que la propiedad ó que la accion no existe, como

---

(*b*) Este principio encontrará su explicacion y justificacion en la exposicion que va á seguir.

tambien que existe una transaccion, un contrato de arrendamiento ó un derecho de prenda. Puede, por último, haber admitido, entre estos cinco motivos para rechazar la demanda, la existencia de uno sólo, de varios ó de todos. Resulta, pues, imposible oponer á una demanda análoga la autoridad de la cosa juzgada, en tanto que sepamos únicamente que ha sido rechazada la primera demanda. Toda negativa pronunciada por el juez está investida de la autoridad de la cosa juzgada; pero ante todo es necesario saber sobre qué versa dicha negativa. Debemos, por tanto, estudiar la significacion de la sentencia como único medio de aplicar con certidumbre la autoridad de la cosa juzgada.

La sentencia que pronuncia una condena presenta la misma dificultad, pero en menor grado. La incertidumbre no es la misma, pues sabemos positivamente que el juez ha reconocido como reales todas las condiciones de la accion y como infundadas todas las excepciones (*c*). Pero aquí tambien exiten dudas que la simple expresion de la sentencia es impotente para resolver. Cuando, por ejemplo, es rechazada por la sentencia la excepcion de compensacion opuesta á una accion personal, puede haber estimado el juez, ó que no se debía realmente la suma reclamada á título de compensacion, ó que esta suma no era líquida y por consiguiente no podía ocasionar compensacion alguna. La expresion abstracta de la sentencia no nos enseña cual ha sido el pensamiento del juez, para conocer el cual necesitamos penetrar en el sentido de la decision; y sin el conocimiento del pensamiento del juez, la aplicacion de la autoridad de la cosa juzgada á un proceso ulterior es absolutamente imposible (*d*).

De todo esto resulta que la autoridad de la cosa juzgada se extiende á los motivos de la sentencia; en otros términos: la autoridad de la cosa juzgada que pertenece á la sentencia es inseparable de las relaciones de derecho afirmadas ó negadas por el juez; pues la parte puramente práctica de la

---

(*c*) Se hace uso con mucha ménos frecuencia en los procesos ulteriores de una condena que de una absolucion: la *actio judicati* tiene tambien ménos importancia práctica, y se aplica más raramente que la *exceptio rei judicatæ*.

(*d*) L. 7, § 1, de compens. (XVI, 2); L. 8, § 2, de neg. gestis, (III, 5).

sentencia; el acto impuesto al demandado, ó la absolucion de la demanda, no es más que la consecuencia de estas relaciones de derecho. En este sentido lo atribuyo á los motivos la autoridad de la cosa juzgada. Pero con el fin de prevenir los errores á que puede dar lugar la doble acepcion de la palabra motivo, designaré los motivos expresados con el nombre de *elementos* de las relaciones de derecho litigiosas y de la sentencia que pone fin al litigio, y reproduciré en estos términos el principio más arriba establecido:

Los elementos de la sentencia tienen la autoridad de la cosa juzgada.

Así, en el ejemplo ya citado de la accion de propiedad, la autoridad de la cosa juzgada pertenece á la afirmacion ó á la negativa de la propiedad ó de la posesion, como tambien á la afirmacion ó negacion del contrato de arrendamiento, de la transaccion, ó del derecho de prenda.

Despues de haber estudiado la cuestion bajo el punto de vista de la autoridad de la cosa juzgada y de sus efectos para el porvenir (p. 361), voy á tomar como punto de partida la naturaleza del litigio y la mision del juez y llegaremos al mismo resultado.

El juez tiene por mision fijar la relacion de derecho litigiosa tan pronto como se lo permita la instruccion del negocio y asegurar la eficacia de su decision. Pero el derecho reconocido por la sentencia no debe ser protegido solamente contra la violacion actual, debe estar tambien garantizado contra todo ataque ulterior por la autoridad de la cosa juzgada. El interés del que obtiene la victoria es aqui evidente: pero hay más, este derecho es incontestable.

Así, el juez que se contentara con satisfacer la necesidad actual sin garantizar el porvenir, no llenaría todos sus deberes. Esta garantia se consigue fijando los elementos de su decision, por cuyo medio la autoridad de la cosa juzgada protege esta decision contra todo ulterior ataque.

De este modo, la autoridad de la cosa juzgada pertenece á todo lo que el juez quiere decidir por consecuencia de la instruccion. Esto no significa que el juez *deba* dar una decision sobre todos y cada uno de los elementos del litigio. La eleccion de estos elementos queda en una cierta latitud abandonada á su apreciacion.

Tomemos como ejemplo la accion de la propiedad. Si el

juez está convencido de que el demandante no es propietario debe declararlo así. Pero cuado el demandado alega que no está en posesion de la cosa litigiosa y el juez reconoce como verdadero este hecho, si la cuestion de propiedad debe entrañar largos debates, el juez puede rechazar la demanda declarando que el demandado no posee, sin hacer pronunciamiento alguno sobre la propiedad del demandante; lo mismo sucede cuando el demandado justifica una excepcion ántes que la cuestion de propiedad pueda ser resuelta. Un juez inteligente debe usar de su facultad en sus justos límites, sin olvidar tener en cuenta las intenciones de las partes.

Pero si tratamos de profundizar en las consideraciones que influyen sobre la determinacion del juez, determinacion que se traduce en la práctica por una condena ó una absolucion, reconoceremos que estas consideraciones son de dos expecies.

Están constituidas, en primer lugar, por los elementos de las relaciones jurídicas de que he hablado ántes. Una vez que el juez esté convencido de ellos, estos elementos vienen á formar parte integrante de la sentencia y participan de la autoridad de la cosa juzgada. Pero el juez es llevado á reconocer estos elementos por consideraciones de otra especie; desde luego, por el estudio que haya hecho de las reglas del derecho, además, por las prubas suministradas por las partes, las cuales le obligan á admitir como verdaderos ó á rechazar como falsos los hechos decisivos de la causa.

Entre los motivos que determinan la decision del juez, podemos establecer la siguiente distincion: los unos son objetivos, y á esta clase pertenecen las partes constitutivas de las relaciones de derecho que yo he llamado elementos; los otros son subjetivos, y á ellos corresponden los moviles que influyen sobre el espíritu del juez y lo obligan á afirmar ó á negar la existencia de estos elementos. Debemos, pues, modificar nuestro principio en los siguientes términos:

Los motivos objetivos (los elementos) adoptados por el juez tienen la autoridad de la cosa juzgada; los motivos subjetivos no tienen la autoridad de la cosa juzgada (*e*).

(*e*) Sucede con frecuencia que en los motivos de una sentencia se cu-

Podemos ahora conciliar las diversas opiniones y explicar todos los errores. Los que atribuyen á los motivos la autoridad de la cosa juzgada tienen razon para atribuírsela á los motivos objetivos; los que rehusan á los motivos la autoridad de la cosa juzgada tienen razon para rehusarla á los motivos subjetivos. Hasta aquí, no había sido establecida rigurosamente esta distincion.

Sin embargo, con el fin de precisar el valor y la influencia de la autoridad de la cosa juzgada atribuida á los motivos objetivos, es necesario analizarlos con más detenimiento. Hasta ahora he tomado, principalmente, como ejemplos, las partes constitutivas que forman la base de la accion, y las excepciones que se le oponen; las réplicas y las dúplicas tienen evidentemente la misma naturaleza.

La autoridad de la cosa juzgada alcanza para lo futuro á la afirmacion ó la negacion declarada sobre estos actos del procedimiento, y nadie dejará de reconocer que en esto consiste principalmente la eficacia atribuida á los motivos. Pero querer restringir á los casos aquí enumerados la autoridad de los motivos sería mutilar arbitrariamente la autoridad de la cosa juzgada y arrebatarle una parte de sus saludables efectos. Debemos, por el contrario, extenderla á lo que he indicado ántes como excepciones impropiamente dichas, principalmente á los casos de denegacion relativa, es decir, á los casos en que un derecho que ha pertenecido al demandante se encuentre absolutamente anulado (§ 225).

Así, cuando á una accion personal se opone la excepcion de compensacion, que es una excepcion verdadera, la admision ó la denegacion de esta excepcion, es decir, el motivo de la absolucion ó de la condena adquiere la autoridad de la cosa juzgada. Pero esta autoridad pertenece igual-

---

cuentran menciona las relaciones de derecho análogas, pero extrañas al proceso, para poner en evidencia el punto de vista adoptado por el juez sobre las reglas del derecho ó sobre los hechos de la causa y para justificar su conviccion sobre los elementos del proceso. Semejantes consideraciones pertenecen á los motivos subjetivos y carecen de la autoridad de la cosa juzgada. En *este sentido* dice Böhmer con razon, como se verá más adelante (§ 2[illegible]2, *f*), que los motivos no tienen la autoridad de la cosa juzgada. Así, por ejemplo, en una sentencia sobre el posesorio, el juez entra en consideraciones relativas al petitorio, con el fin de hacer más plausible la sentencia que dicta sobre la posesion.

mente á la denegacion ó á la admision de la excepcion de pago propuesta por el demandado, por más que en el lenguaje técnico del derecho romano no sea esta una verdadera excepcion. Lo mismo sucede cuando á la accion de la propiedad se opone lo que se llama impropiamente *exceptio recentioris dominii*, es decir, cuando el demandado, aun reconociendo que el demandante ha sido ántes propietario, pretende que ha cesado de serlo. En estos diferentes casos la autoridad de la cosa juzgada pertenece igualmente á los motivos objetivos.

Pero no debemos limitarnos á estos casos de denegacion relativa que tanta analogía tienen con las verdaderas excepciones, y debemos dar un paso más todavía. Cuando, tratándose de una reivindicacion de propiedad ó de una peticion de herencia, pretende el demandado, no que haya perecido el derecho del demandante, sino que este derecho no ha existido nunca, puede sostener que la propiedad de la sucesion litigiosa le pertenece á él solo; de donde resulta necesariamente que el demandante no es propietario ni heredero (§ 287 *a*). Si acogiendo el juez estos medios de defensa, funda sobre uno de éstos motivos la absolucion del demandado, este motivo objetivo adquiere la autoridad de la cosa juzgada, y el demandado, declarado propietario ó heredero, podrá siempre oponer esta sentencia al demandante como un título incontrovertible. Creo haber justificado por esta deduccion lo que me limité á enunciar al fin del párrafo precedente como medio de satisfacer una necesidad real de la práctica.

Teniendo una gran importancia y pudiendo encontrar contradictores la autoridad que atribuyo á los motivos objetivos, voy á tratar de justificarla en cuanto á la accion de la propiedad por medio de la comparacion siguiente. Supongo que se trata, no de la accion de la propiedad sino de una *publiciana actio*; si el demandado invoca la *exceptio dominii* (excepcion propiamente dicha), y que en consecuencia sea rechazada la demanda, se me concederá fácilmente que se aplique la autoridad de la cosa juzgada á la excepcion comprobada por el juez; ahora bien, estas mismas circunstancias pueden presentarse, de igual modo, cuando, en vez de la *publiciana*, se trata de la accion de la propiedad y el demandado hace rechazar la demanda probando que él

mismo es propietario; este motivo de la sentencia ¿perdería entónces la autoridad que se le concede en el caso de la *publiciana*? ¿Y la razon de esto sería que sólo en el primer caso constituye la excepcion que los jurisconsultos llaman una *exceptio* propiamente dicha? Semejante distincion repugnaría á la equidad y al buen sentido práctico.

He dicho ántes que la absolucion del demandado no podía nunca convertirse en una condena del demandante (§ 288). A primera vista podría creerse que esta doctrina se encuentra en contradiccion con los principios que acabo de exponer. Pero existen dos consideraciones que explican esta contradiccion aparente. La condena entraña en general dos consecuencias que, á pesar de la correlacion que entre ellas existe, pueden ser distinguidas. La primera es un acto, una prestacion ó una abstencion impuesta al condenado: nunca puede alcanzar esta consecuencia al demandante, en su cualidad de tal; bajo esta relacion el principio que he sentado es absolutamente verdadero y de una gran importancia. La segunda consecuencia es la influencia de la autoridad de la cosa juzgada sobre los procesos futuros; y aquí únicamente se muestra la apariencia de contradiccion que se trata de destruir. Observo ahora que áun bajo este punto de vista nuestro principio se reduce á decir que la absolucion *en sí y como tal* no puede tener nunca la naturaleza y la eficacia de una condena pronunciada contra el demandante. Pero esto no impide que el demandado obtenga indirectamente y por medio de la autoridad de la cosa juzgada perteneciente á los motivos, las ventajas que le hubiese procurado la condena del demandante si esta hubiera sido posible. Esta especie de ventajas indirectas aseguradas al demandado implica siempre circunstancias particulares de hecho, de modo que en un nuevo proceso el demandado tendrá siempre que probar la existencia de los motivos objetivos que han determinado la primera sentencia. Se vé, pues, que áun bajo esta última relacion las consecuencias prácticas de nuestro principio tienen una cierta importancia.

Para atribuir á los motivos la autoridad de la cosa juzgada nos hemos apoyado en la naturaleza del litigio, en la mision del juez, y en las consecuencias necesarias para la aplicacion de esta autoridad. Pero ¿cuáles son en esta ma-

teria los principios del derecho romano? Podría admitirse que la doctrina por mí expuesta, verdadera en teoría, no es la del derecho romano, ó que este derecho no se ha ocupado de estas cuestiones ó ha dado solamente soluciones parciales é incompletas.

Sostengo, sin embargo, que la doctrina que atribuye la autoridad de la cosa juzgada á los elementos de la sentencia encuentra en el derecho romano su plena y entera confirmacion. Es verdad que no aparece en ninguna parte formulada como regla general, pero las fuentes del derecho nos ofrecen numerosos é irrecusables testimonios de su aplicacion.

Desde luego, los jurisconsultos romanos admiten constantemente y en toda su extension la autoridad de la cosa juzgada, como se verá en la exposicion que haré más adelante; y he probado ya que esta autoridad no tiene aplicacion posible sin la autoridad de los elementos, es decir, de los motivos objetivos.

Además, la manera con que tratan diversos casos particulares prueba implícitamente que atribuyen á los elementos la autoridad de la cosa juzgada.

Cuando se rechazaba la accion de la propiedad por el único motivo de que el demandado no tenía la posesion del objeto litigioso, si adquiere posteriormente la accion, puede ésta ser reproducida, y la sentencia dictada no es obstáculo alguno para su ejércicio (*f*). Vemos aquí uno de los casos en que sobrevienen hechos nuevos despues de la sentencia (*g*), los cuales, por tanto, no pueden influir sobre sus consecuencias; principio que no toca en modo alguno á nuestra cuestion. Pero ¿cómo sabemos que la primera sentencia ha rechazado la demanda á causa de la falta de posesion y sólo por este motivo; que la sentencia no ha hecho pronunciamiento alguno sobre la propiedad del demandante (propiedad que nadie pretende que esté modificada)? Para saber todo esto, sin detenernos en la decision puramente práctica, la absolucion de la demanda, es preciso remontarnos al

(*f*) L. 9, pr.; L. 17, 18, de exc. re jud. (XLIV, 2). V. § 263.
(*g*) Una *nova* ó *superveniens causa*, de que hablaré más adelante, § 300.

motivo objeto de la decision, y entónces podemos saber si el juez ha negado simplemente la propiedad del demandante ó la posesion del demandado ó la propiedad y la posesion al mismo tiempo.

El mismo caso se presenta cuando se opone la compensacion á una accion personal y, rechazando el juez la excepcion, condena al demandado á pagar íntegramente la suma reclamada. Se trata aquí de saber si el juez ha rechazado la excepcion como no fundada ó por no ser líquida la suma.

La *exceptio rei judicatœ* sirve de obstáculo á una reclamacion nueva en el primer caso, pero no en el segundo (nota *d*). Aquí tambien la aplicacion de la autoridad de la cosa juzgada depende únicamente del motivo por el cual ha rechazado el juez la excepcion, cuyo simple hecho nada nos enseña sobre dicho motivo.

Pero la prueba más decisiva de que los jurisconsultos romanos hacían participar á los motivos de la autoridad de la cosa juzgada se encuentra en la especie particular de accion en que se procedía *per sponsionem* (*h*) á la reivindicacion de la propiedad.

Por último, numerosos textos del derecho romano hacen depender expresamente la aplicacion de la autoridad de la cosa juzgada á un proceso ulterior de los motivos de la primera sentencia, lo cual nos impone la obligacion directa de indagar estos motivos y de tenerlos en cuenta (*i*).

Resulta de la indagacion precedente que debe atribuirse autoridad de cosa juzgada, no sólo á la decision misma (condena ó absolucion), sino tambien á sus motivos; en otros términos, los motivos forman parte integrante de la sentencia y la autoridad de la cosa juzgada tiene por límites el contenido de la misma, comprendiendo en ella sus motivos.

Este importante principio, perfectamente apropiado á

(*h*) V. § 292, *f*.

(*i*) Citaré entre estos textos: L. 17, de esc. r. j. (XLIV, 2): «Si rem meam a te petiero, tu autem *ideo* fueris absolutus, *quod* probaveris sine dolo malo te desiisse possidere..... non nocebit mihi exceptio rei judicatæ.» L. 18, pr. eod.: «Si..... absolutus fuerit adversarius, *quia* non possidebat..... rei judicatæ exceptio locum non habebit.» De igual manera, L. 9, pr. eod.

la mision del juez, ha sido formalmente reconocido por el derecho romano y aplicado en toda su extension.

§ CCXCII. *Determinacion más rigurosa del contenido de la sentencia.—Los motivos tienen la autoridad de la cosa juzgada.* (Continuacion).

Acabo de determinar á qué atribuye autoridad de cosa juzgada la expresion de la voluntad del juez; réstame ahora tratar de esta segunda cuestion: ¿en virtud de qué signos podemos reconocer el verdadero pensamiento del juez? p. 224.

Si se toma como punto de partida el uso antiguo y generalmente establecido de pronunciar las sentencias por escrito, haciéndolas preceder de una justificacion explícita, parece natural restringir la autoridad de la cosa juzgada á la sentencia misma y considerar los motivos como destinados únicamente á convencer á las partes y á todos los que lean la sentencia. Efectivamente, en este sentido es en el que han presentado muchos autores la cuestion de saber si la autoridad de la cosa juzgada pertenece tambien á los motivos.

Esta cuestion debería ser resuelta negativamente, segun los principios que acabo de exponer (§ 291), si fuera verdad que todos los motivos objetivos estuviesen invariablemente consignados en la sentencia y la exposicion de motivos no contuviese nunca más que motivos subjetivos.

Pero esta suposicion se encuentra desmentida por los hechos, pues no existe en la relacion de los motivos ninguna uniformidad. La extension que debe tener la autoridad de la cosa juzgada no podría, pues, depender de los usos arbitrariamente adoptados por los diferentes tribunales.

No concedo á las diferencias de las formas exteriores más que una importancia secundaria (*a*); pero aquí tam-

---

(*a*) En las antiguas sentencias dictadas por las facultades, se encuentra la forma pedantesca de enumerar ántes de la sentencia las razones de dudar, despues las razones de decidir, y de reunir el todo en una sola proposicion que, con frecuencia, llena varias páginas. Así, por ejemplo: «aunque parezca que....., sin embargo, atendiendo á que....., etc.» Esta forma ha sido adoptada en Francia, donde con frecuencia un considerando de la decision se compone de gran número de proposiciones distintas. Hoy, en Alemania, la mayor parte de los tribunales unen á la sentencia

bien volvemos á encontrarlos la mayor diversidad. La parte dispositiva tiene unas veces más, otras veces ménos extension; sus límites, como los límites de los motivos, son, pues, enteramente arbitrarios é inciertos. Esto se debe, no sólo á la diversidad de los usos seguidos por los tribunales, sino tambien á la naturaleza particular de los procesos. El mismo tribunal no sigue invariablemente el mismo metodo; cuando el negocio es muy sencillo puede fácilmente comprender en la sentencia todos los motivos objetivos (*b*), cosa que resulta muy difícil cuando el negocio es complicado.

Pero hay más; ciertos tribunales no expresan generalmente motivo alguno; así, pues, aunque la distincion propuesta fuera fundada y no ofreciese ningun inconveniente, no debería servir de base á un principio general (*c*).

Segun estas consideraciones, debemos rechazar en absoluto esta manera de formular la cuestion, y debemos decir, por el contrario: la autoridad de la cosa juzgada pertenece á los motivos objetivos, y debemos buscarlos donde quiera que se encuentren.

Debemos buscarlos: 1.° en la sentencia misma, en tanto que se encuentren en ella expresados; 2.° en la exposicion de motivos; pero aquí hemos de distinguir cuidadosamente los motivos objetivos, únicos que están investidos de la autoridad de la cosa juzgada; 3.° si no existen en ninguno de estos lugares (*d*), debemos recurrir á los actos del procedimiento, entre los que ocupa el primer lugar el que contiene la demanda; 4.° independientemente de éstas diferen-

---

los motivos, expresados bajo la forma de una disertacion especial. Véase Danz. Prozess Anhang, p. 67; Brinkmann, Richterliche Urtheilsgründe, página 91.

(*b*) Así, por ejemplo, cuando es condenado en un proceso relativo á una cuestion de propiedad, la sentencia puede pronunciar sobre esta cuestion y consignar directamente la obligacion del demandado de restituir la cosa, algunas veces tambien los frutos, etc. De igual modo, cuando es rechazada esta accion, porque falte la posesion al demandado, es fácil añadir á la sentencia el motivo de rechazarse la accion.

(*c*) Hace largo tiempo que en Prusia la mayor parte de los tribunales redactan los motivos de sus sentencias y los comunican á las partes. Pero respecto al tribunal superior no ha tenido lugar esta comunicacion hasta despues de la órden del gabinete del 19 de Julio de 1832. (Gesetzsammlung von 1832, p. 192).

(*d*) Tales son todas las sentencias de los tribunales que en general no expresan los motivos de ellas.

tes piezas, hay consideraciones generales y no ménos importantes que debemos tener en cuenta. Volveré á tratar de este punto al fin del presente párrafo.

Despues de haber tratado de circunscribir de este modo la autoridad de la cosa juzgada, puede preguntarse por la forma en que deberían redactarse las sentencias para llenar completamente el objeto de esta institucion.

Se conseguiría por completo este fin si fuera posible reunir en la sentencia misma todos los motivos objetivos, de manera que esta bastase para determinar lo que es objeto de la autoridad de la cosa juzgada, en cuyo caso la exposicion especial de motivos no serviría más que para expresar las convicciones del juez y hacerlas conocer. Mas como la complicacion de los negocios no permite la realizacion completa de este pensamiento, lo propongo como un ideal á que es preciso aproximarse, en cuanto sea posible.

Pero en todo caso se puede y se debería siempre indicar en la exposicion especial de los motivos aquellos que son objetivos por su naturaleza y á los que el juez quiere atribuir la autoridad de la cosa juzgada, y, de este modo, no quedaría duda alguna sobre este punto.

En apoyo de las doctrinas que acabo de exponer voy á tratar de demostrar de qué manera trataron los Romanos de determinar en cada litigio la extension de la autoridad de la cosa juzgada, pues, con formas exteriores, enteramente diversas de las nuestras, tenían que realizar el mismo fin.

Nos faltan por completo datos respecto á los últimos tiempos del derecho romano; pero creo poder indicar la marcha seguida sobre este punto en tiempo del procedimiento por fórmula.

En el procedimiento formulario, la *intentio* y la *demonstratio* que le servía de complemento precisaban la extension de la autoridad de la cosa juzgada; es decir, indicaban los motivos objetivos destinados á convertirse en partes integrantes de la sentencia. Si estas indicaciones eran insuficientes se recurría á buscar los motivos objetivos expresados en la sentencia misma. Algunos ejemplos servirán para explicar y confirmar mi dicho.

Varias acciones, la *depositi actio*, por ejemplo, tenían dos especies de fórmulas: la una *in jus*, la otra *in factum*. El objeto del litigio estaba fijado por la *demonstratio* en la pri-

mera de estas fórmulas; por la *intentio* en la segunda *(e)*; de este modo, estas diversas partes de la fórmula servian para reconocer directamente el contenido y la extension de lo que debía adquirir la autoridad de la cosa juzgada en virtud de la sentencia.

Hé aquí, ahora, los casos en que, siendo insuficiente la fórmula, se necesitaba recurrir á otras circunstancias para conocer los límites de la autoridad de la cosa juzgada. Cuando la accion de propiedad se ejercitaba *per sponsionem*, la *formula* decía simplemente: *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Sestertios XXV nummos oportere*. Pero estos XXV sestercios no debían ser pagados; y el único objeto de la condena era el reconocimiento jurídico de la propiedad. Para llenar este objeto, era necesario referirse al motivo de la decision, quiero decir, á la estipulacion, no expresada en la fórmula, por la cual el demandado se obligaba á pagar al demandante XXV sestercios en el caso en que no fuera propietario *(f)*.

La posesion del demandado como condicion de la *petitoria formula* no se mencionaba en la *intentio*; pero esta circunstancia era examinada *officio judicis* y tomada en consideracion en la sentencia *(g)*. Así, pues, cuando la falta de posesion ocasionaba la absolucion de la demanda, este motivo de la decision no podía reconocerse por la comparacion de la sentencia con la *formula*. Hé aquí por qué este motivo se expresaba ordinariamente en la sentencia, como lo atestiguan varios textos de los jurisconsultos romanos *(h)*.

Muchos otros textos mencionan tambien sentencias donde son expresados directamente los motivos de la decision *(i)*. Pero sobre este punto no debemos esperar ninguna regla constante.

(e) Gayo, IV, § 47.

(f) Gayo. IV, § 93, 94. He dicho más arriba (§ 291, *h*) que en general el derecho romano atribuía tambien la atoridad de la cosa juzgada á los motivos de la sentencia: tenemos aquí la prueba más completa de esta afirmacion. De igual modo, en el caso de una *certi condictio* fundada en una estipulacion de dinero, como la simple *intentio*, no podría dar ningun detalle sobre la naturaleza y el motivo de la reclamacion, se debia reproducir al lado de la *actio*, la *stipulatio* entera. L. 1, § 4, de edendo, (II, 13).

(g) L. 9, de rei vind. (VI, 1).

(h) V. § 291. *f i*.

(i) L. 1, § 1, quæ sent. sine app. (XLIX, 8) (Macer): «Item si calculi

He dicho más arriba que, independientemente de los testimonios escritos de que acabo de hablar, existen consideraciones generales que nos sirven para circunscribir la autoridad de la cosa juzgada.

Estas consideraciones morales son de dos especies que presentan caracteres enteramente opuestos. Las unas deben estimarse como adiciones tácitas hechas á la sentencia; las otras anulan en totalidad ó en parte decisiones que, segun su forma y la intencion del juez, parecen investidas de la autoridad de la cosa juzgada. Hé aquí cuáles son estos diferentes casos.

I. Toda condena implica la absolucion de cualquier demanda tocante á la relacion de derecho litigiosa fijada por la sentencia; toda absolucion abraza no solamente la totalidad de la cosa reclamada por el demandante, sino tambien cada division posible de esta cosa (§ 286).

Estas proposiciones, cuyas consecuencias prácticas tienen una gran importancia, sin expresarse nunca en la sentencia, forman, sin embargo, parte integrante de ella y tienen una autoridad igual á la de las decisiones formalmente expresadas.

II. Toda sentencia implica una cierta fijacion de tiempo. Así, el reconocimiento ó la negacion de un derecho en la persona del demandante vale como verdad y obtiene la autoridad de la cosa juzgada, pero únicamente respecto á la época en que se ha dictado la sentencia.

La decision del juez se refiere exclusivamente al tiempo actual; los cambios ulteriores le son necesariamente extraños y la autoridad de la cosa juzgada no podría, por tanto, tener influencia alguna sobre un litigio referente á hechos sobrevenidos despues de la sentencia.

Este principio, cuyas aplicaciones particulares no han

---

error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si judex ita pronuntiaverit: *Cum constet Titium Sejo exilla specie quinquaginta, item ex illa specie vigenti quinque debere; idcirco Lucium Titium Sejo centum condemna.* Nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur.» De igual modo sucede en el otro caso que presenta el § 2 de esta ley, como ejemplo de una decision con motivos, como tambien en el de la L. 2, C., quando provocare (VII, 64).

sido nunca controvertidas (*k*), encuentra aquí su verdadera base.

Esta base es la determinacion de una época siempre sobreentendida en la sentencia. De donde resulta que una accion motivada en hechos posteriores á la sentencia nada tiene de contradictoria con ésta (*l*).

III. Hasta aquí hemos tratado de consideraciones tácitas sobreentendidas en la sentencia y que participan de la autoridad de la cosa juzgada. Hé aquí ahora casos inversos en que una decision que por su forma y por la intencion del juez debería tener la autoridad de la cosa juzgada, se encuentra despojada de esta autoridad.

El caso del error de cálculo, discretamente apreciado, y encerrado en sus verdaderos límites, figura aquí en primera línea. En efecto, cuando la sentencia contiene una cuenta y condena al pago de diferentes sumas adicionadas, si la adicion es inexacta, su total está en contradiccion con las leyes de la aritmética. De aquí resulta que los elementos de la cuenta son tenidos por verdaderos é investidos de la autoridad de la cosa juzgada; pero que la adicion puede y debe ser rectificada sin recurrir á la apelacion ó á otras vías de derecho, ya por el juez mismo que ha dictado la sentencia, ya por cualquier otro juez llamado á conocer de su ejecucion (*m*). En el caso de que habla el jurisconsulto citado se trata de una sentencia dictada en estos términos: «atendiendo á que el demandado ha sido reconocido deudor, por una parte, de cincuenta escudos, y por otra parte, de veinticinco, le ordeno á pagar ciento.» Aquí la sentencia no está, como

---

(*k*) Lo volvemos á encontra apropósito de la causa superveniens; Véase más adelante § 300.

(*l*) Esta regla está fundada en la sana inteligencia del *contenido* de la sentencia, es decir, en la naturaleza de la excepcion de la cosa juzgada en su funcion positiva. La misma regla existía tambien, pero fundada en otro motivo, para la excepcion en su antigua forma (la funcion negativa); y hé aquí el motivo: teniendo por objeto la accion posterior una *alia res*, no era idéntica á la primera accion deducida *in judicium* y extinguida por tanto. Keller. p. 292.

(*m*) L. 1, § 1, quæ sent. (XLIX, 8), transcrita más arriba, nota *i*. Véase Gönner. t. III. p. 203; Linde, Handbuch, § 13. Una vez dictada la sentencia, el mismo juez no podía corregir los demás errores contenidos en ella. L. 42, L. 45, § 1; L. 55, de re jud. (XLII, 1). Se le permite únicamente completar su sentencia siempre que tenga lugar en el mismo dia. L. 42, cit.

pudiera creerse, herida de nulidad; pero se rectifica el error de cálculo (citra provocationem *corrigitur)* es decir, que la condena queda reducida á setenta y cinco escudos. Con arreglo á los principios precedentemente expuestos, no debemos dudar en aplicar esta regla, ya el error se encuentre en la sentencia misma, como en el caso de que habla nuestro texto, ya se halle en la exposicion de motivos.

Puede asimilarse al error de cálculo un caso mucho más raro, cual es aquél en que una parte de la sentencia se encuentra en contradiccion con las leyes de la naturaleza (*n*), pues estas leyes no son ménos imperiosas que las de la aritmética; no hay, pues, necesidad de recurrir para rectificar la sentencia, á las formalidades ordinarias del derecho.

Pero hay dos casos que, á pesar de su mayor ó menor analogía con el error del cálculo, presentan, sin embargo, un carácter muy diferente, y que varios autores colocan equivocadamente en la misma línea.

En efecto, algunos errores de cálculo pueden aparecer en actos extraños á un proceso y llegar á ser un motivo de ataque contra estos actos. Si, por ejemplo, componiéndose de diversos artículos la cuenta de un comerciante, éste, por consecuencia de un error cometido en la adicion, paga más de lo que debe, puede, para obtener su reintegro, ejercitar la *condictio indebiti*. El litigio puede terminarse por una transaccion ó por una sentencia (*o*); pero, aunque refiriéndose siempre á un error de cálculo, estas circunstancias nada tienen de comun con la regla sentada sobre el error de cálculo

---

(*n*) L. 3, pr., quæ sent. (XLIX, 8): «Paulus respondit, imposibile præceptum judicis nullius esse momenti. Idem respondit, ab ea sententia cui parere rerum natura non potuit sine causa appellari.» Se encuentra tambien en otras instituciones la influencia de la necesidad ó de la imposibilidad referente á las leyes de la naturaleza. Véase t. II, § 121 y siguientes.

(*o*) Se trata de un caso de este género en la L. un, C., de err. calculi (II, 5). Hé aquí un texto cuyo sentido es dudoso: Paulo, V, 5, A. § 11: «Ratio calculi sæpius se patitur supputari. atque ideo potest quocunque tempore retractari, si non longo tempore evanescat.» El principio se parece mucho á un texto citado del Código («unde, rationes etiam sæpe computatas denuo tractari posse») y así podría referirse á un acto extrajudicial. Pero las palabras: «*quocunque tempore* retractari) parecen significar que no se está obligado á los plazos de la apelacion, en cuyo caso Paulo tendría presente un error de cálculo cometido en una sentencia (nota *i*).

contenido en una sentencia. Existen, además, sentencias fundadas en un error de cálculo, pero en las cuales el error en lugar de resultar de la sentencia misma, es justificado por los recursos invocados contra la sentencia, es decir, cuando los elementos de la nueva cuenta no son los adoptados por el juez. Esto entra entónces en los medios de una apelacion ordinaria (*p*) y nada tiene de comun con nuestra regla. Es preciso, pues, distinguir con gran cuidado las diversas relaciones bajo las cuales puede presentarse el error de cálculo y ejercer su influencia.

A la regla que prohibe atribuir siempre el error de cálculo á la autoridad de la cosa juzgada (nota *i*) refiere Macer inmediatamente esta otra, á saber: que no hay necesidad de proceder por apelacion contra una sentencia dictada en violacion de una constitucion imperial (*q*). Podría intentarse asimilar este caso al del error de cálculo y pensar que el juez puede entónces rectificar su sentencia por sí mismo, como si se tratase de un simple error de copista. Pero se engañaría quien así lo creyese, porque estos dos casos son de una naturaleza muy diferente. Una sentencia dictada en violacion de una ley, sólo puede ser reformada por las vías de derecho: únicamente que el ataque dirigido contra la sentencia así dictada no está sometido á las reglas restrictivas y á las formalidades de la apelacion. He aquí, ahora, la diferencia esencial que existe entre el error de cálculo y la violacion de una ley. Una vez señalado el error de cálculo, se reconoce inmediatamente. Para hacer constar la violacion de una ley, es preciso, ante todo, determinar su contenido, lo cual presenta á menudo dificultades; es preciso, además, comparar la ley con la sentencia: entónces es cuando puede

(*p*) A esto se refiere la L. 2, C., de re jud. (VII, 52): «Res judicatæ si *sub prætextu* computationis instaurentur, nullus erit litium finis.» Entendido así, este texto no está en contradiccion con la L. 1. § 1, quæ sent. (nota *i*), puesto que habla de un caso del todo diferente. Las palabras decisivas son aquí *sub prætextu*. En el caso de que habla el texto de Macer inserto en el Digesto, no podría cuestionarse sobre el *prætextus*, puesto que el error de cálculo es evidente.

(*q*) L. 1, § 2, quæ sent. (XLIX, 8). V. L. 27, 32, de re jud. (XLII, 1); L. 19. de appell. (XLIX, 1), de donde resulta que la violacion de una *lex* ó de un senado-consulto se consideraba en la misma categoría que la de una constitucion imperial.

presentarse la cuestion de saber si el juez ha desconocido la ley ó si se ha equivocado en su aplicacion á los hechos de la causa; pues en este último caso no está dispensado de las condiciones regulares de la apelacion (*r*).

Varias instituciones muy importantes del procedimiento moderno se relacionan con esta regla del derecho romano, que dispensa las formalidades ordinarias de la apelacion, en el caso en que existe violacion de una ley. Estas son: la nulidad de la sentencia pronunciada por el derecho comun de Alemania por violacion del *jus in thesi* (*s*); los recursos de casacion admitidos por la ley francesa; en el antíguo procedimiento prusiano, la accion de nulidad por violacion de una ley inequívoca, análoga al procedimiento del derecho comun aleman (*t*); en el procedimiento moderno prusiano, los recursos de nulidad, análogos á los de casacion de la ley francesa (*u*).

Al enumerar estas diversas instituciones de los tiempos modernos, he querido mostrar que se refieren exclusivamente al derecho de procedimiento, que no tienen ningun punto de contacto inmediato con la teoría de la autoridad de la cosa juzgada, y por tanto, que difieren esencialmente de las disposiciones del derecho romano sobre los errores de cálculo. Todas estas instituciones son vías de derecho abiertas contra las sentencias y en este sentido tienen afinidad con la apelacion, aunque se distingan más ó ménos de ella por sus formas y sus condiciones (*v*).

§ CCXCIII. *Determinacion más rigurosa del contenido de la sentencia.—Los motivos tienen la autoridad de la cosa juzgada.—Autores.*

Esta indagacion sobre la autoridad de los motivos sería

(*r*) L. 32, de re jud. (XLII, 1); L. 1, § 2, quæ sent. (XLIX, 8).

(*s*) Linde, Lehrbuch, § 419, 422.

(*t*) Allgemeine Gerichtsordnung, Th. 1, Tit. 16, § 2, n. 2.

(*u*) Ley del 14 de Diciembre 1833. (Gesetzsammlung, 1833, p. 302).

(*v*) La ley prusiana reproduce las prescripciones del derecho romano sobre los errores de cálculo. A. G. O. I., 14, § 1: «cuando la sentencia de primera instancia parezca contener un error diferente á las palabras, los nombres ó las cifras... no hay lugar á la apelacion; pero... el Tribunal... debe rectificar el error que ha cometido por medio de un *registratur*. etc.

incompleta sino la terminase con un resúmen de las opiniones de los autores sobre la cuestion. La divergencia de opiniones sobre una materia cuya aplicacion práctica es tan frecuente, tiene sobrada razon para sorprendernos; se debe á que se ha olvidado distinguir, como se debía, los elementos y las diversas cuestiones comprendidas en el problema ántes de buscar su solucion.

Referiré la exposicion de la literatura jurídica prusiana sobre esta materia á la del derecho comun de Alemania. Esta comparacion no podía justificarse si en este punto, como en las partes más importantes del procedimiento propiamente dicho, hubiese abierto el derecho prusiano una nueva vía; pero la práctica y la literatura del derecho prusiano no tienen por base en esta materia más que un pequeño número de disposiciones legislativas que no agotan en modo alguno el asunto. Los redactores de estos textos, tan cortos y tan incompletos, no han pretendido evidentemente dar á la autoridad de la cosa juzgada una base nueva; han querido solamente reunir en pocas palabras las reglas sobre la autoridad de la cosa juzgada establecidas por el derecho comun de Alemania, reglas bien conocidas de todos los jueces que hacían entónces aplicacion de ellas.

Para la inteligencia completa de esta exposicion es necesario distinguir bien dos puntos de vista bajo los cuales la legislacion, la ciencia y la práctica pueden considerar la autoridad de la cosa juzgada y llegar á resultados en gran parte opuestos. Recordaré, ante todo, lo que ántes he dicho (§ 291): á la autoridad de la cosa juzgada se liga, por una conexion necesaria, la posibilidad y la necesidad de la apelacion; todo lo que debe tener autoridad de cosa juzgada puede ser atacable por vía de apelacion, y, recíprocamente, la apelacion es inadmisible é inútil para todo lo que no tiene autoridad de cosa juzgada.

Uno de los puntos de vista bajo los cuales puede considerarse la autoridad de la cosa juzgada es la satisfaccion de la necesidad actual. Trátase entónces de llegar por los medios más rápidos y eficaces para la decision definitiva del litigio. Si esta decision puede servir, además, para procesos ulteriores, debemos felicitarnos de ello; pero esta es una consideracion secundaria que debe ocuparnos poco.

El punto de vista opuesto es la fijacion definitiva en la

época de la sentencia de todas las relaciones de derecho que son objeto del litigio entablado entre las partes. Sin duda que debe acogerse todo lo que puede apresurar ó facilitar la decision práctica del proceso actual, pero el fin principal no debe, en ningun caso, sacrificarse á este objeto secundario *(a)*.

Este segundo punto de vista es sin ninguna duda el de los jurisconsultos romanos, como lo atestigua el cuidado con que han profundizado y desenvuelto los principios que rigen la autoridad de la cosa juzgada y que forman el objeto de la presente indagacion.

En los tiempos modernos, el segundo punto de vista ha sido con frecuencia adoptado de una manera exclusiva por los autores y por los tribunales; y á esta causa es preciso atribuir el principal motivo de la gran divergencia de opiniones que existen en esta materia.

Las opiniones adoptadas por los autores pueden dividirse en tres clases.

I. La mayor parte de ellos niegan en absoluto á los motivos la autoridad de la cosa juzgada, sin excluir el caso en que los motivos forman parte integrante del pronunciamiento de la sentencia *(b)*. Coloco en la misma categoría á los que no atribuyen valor á los motivos, sino cuando sirven para explicar una sentencia equívoca *(c)*, pues estos autores desconocen el verdadero sentido de los motivos y su conexion íntima con la sentencia.

II. Algunos atribuyen á los motivos la autoridad de la cosa juzgada cuando han sido insertados en la sentencia, no cuando ocupan un lugar distinto. Pero censuran esta insercion de los motivos en la sentencia, de modo que consideran como una deplorable necesidad la autoridad que les atribuyen en este caso. Esta opinion, sostenida primero por

---

(*a*) No ha de entenderse por esto que la sentencia no deba dictarse más que cuando todas las cuestiones del proceso sean susceptibles de recibir una solucion: me he explicado ya sobre este punto en el § 291: pero todo lo que puede recibir una solucion inmediata ó próxima, debe ser regulado por la sentencia, de manera que el derecho quede definitivamente fijado para el porvenir.

(*b*) Berger, Œcon. forensis, lib. IV. Tit. 22, Th. 4, nota 6. Hymmen. Beiträge. t. VI, p. 102, n. 45. Martin Prozesz, § 113, nota *d*. Linde Lehrbuch, § 381, nota 5.

(*c*) Cocceji Jus contr., XLII, 1, Qu. 8; Pufendorf, Obs. I; 155.

Wernher, ha sido despues adoptada por Claproth (*d*). Wernher, modificando más tarde su opinion, admite la autoridad de los motivos, aunque sean distintos de la sentencia, cuando el juez los comunica á las partes con el pronunciamiento de la misma; así es que piensa dicho autor que valdría más no hacerlos nunca conocer (*e*)

Esta doctrina, y principalmente la crítica de toda publicacion de motivos, nos conducen evidentemente al sistema de que ya he hablado, segun el cual, la autoridad tiene únicamente por objeto responder á la necesidad actual y cortar desde luego las discusiones jurídicas, no fijar definitivamente para el porvenir las relaciones de derecho litigiosas. Tal es tambien la base de la opinion que rehusa á los motivos la autoridad de la cosa juzgada, independientemente de su forma y del lugar que ocupan.

III. Por último, una tercera clase de autores reconoce la relacion íntima que existe entre los motivos y el contenido de la sentencia, por cuya razon, admiten su autoridad, sin consideracion á la forma que revisten, ni al lugar que el juez les asigna.

Entre los autores modernos, el primero que, á mi entender, ha profesado esta doctrina es J. H. Böhmer. Llama éste á los motivos parte integrante de la sentencia, el alma de la misma, el complemento del pensamiento del juez, y les atribuye la misma autoridad que al pronunciamiento de la sentencia (*f*).

A esta clase de autores pertenece despues Bayer, pues dice expresamente que todo punto litigioso decidido por el juez adquiere la autoridad de la cosa juzgada, ya se en-

---

(*d*) Wernher, Obs., T. 1; P. 4, Obs., 172. Claproth, Ordentl. Prozesz, Th. II, § 210.

(*e*) Wernher, Obs., T. 3. P. 3; Obs., 97, n. 24, 32.

(*f*) Böhmer, Exercit. ad Pand., t. V, p. 533, § 18: «Equidem rationes decidendi virtualiter sententiæ inesse creduntur, cum contineant fundamenta, quibus judex motus sententiam eo quo factum est modo tulit, adeoque eamdem vim cum ipsa sententia habere videntur, utpote cujus anima et quasi nervus sunt.» (Esto se encuentra tambien literalmente en el Jus eccl. Prot., lib. 2, T. 27, § 14), Böhmer rehusa con razon la autoridad de la cosa juzgada á aquella parte de los motivos en que el juez, para mayor claridad, se entrega á consideraciones extrañas al proceso, por ejemplo, si trata de la propiedad, á propósito de una accion posesoria; pues, en efecto, estas consideraciones pertenecen á los motivos puramente subjetivos (§ 291, *e*).

cuentre la decision en la sentencia misma, ya en la exposicion de motivos (*g*). Citaré tambien á Wächter, el cual, si bien no trata especialmente la cuestion, expone los principios del derecho romano sobre la autoridad de la cosa juzgada en términos que implican la solucion adoptada aquí (*h*).

Dos autores modernos, Kierulff y Buchka, se expresan de una manera más explícita y formal; pero he debido combatir más arriba el orígen que atribuyen históricamente á estos principios sobre la autoridad de la cosa juzgada. El primero (*i*) sostiene con razon «que se debe consultar el espíritu y no únicamente la letra de la sentencia.» Dice en otra parte: «la sentencia, bajo su forma concreta; reside en lo que se llama los motivos; la condena ó la absolucion no son más que su consecuencia jurídica; no se conoce realmente la decision del juez, sino cuando se conocen los motivos y lo que se llama la parte dispositiva no nos da más que una nocion superficial de ellos.» Los principios así expuestos bastan para resolver de una manera satisfactoria todas las cuestiones particulares relativas á la autoridad de los motivos. Pero el mismo autor sostiene con estas verdades un error histórico de los más graves; pretende que esta doctrina es extraña al derecho romano y que es el fruto de la *æquitas* cuya supremacía ha sido asegurada por el derecho moderno. Este error se relaciona con una afirmacion que he tenido ya ocasion de combatir. Se pretende que los romanos, bajo la servidumbre siempre de la consumacion del procedimiento, no conocieron nunca la funcion positiva de la *exceptio rei judicatæ* y, por consiguiente, no han aplicado nunca en toda su pureza la regla de que corresponde al contenido de la sentencia la autoridad de la cosa juzgada (§ 283).

He tratado ya de refutar este error y voy á completar aquí dicha refutacion. Mis adversarios deberían enseñarnos cuándo y cómo se ha introducido el sábio principio del derecho actual, principalmente en su aplicacion á la auto-

---

(*g*) Bayer, Civilprozesz, p. 184, 4.ª ed.
(*h*) Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts V. II, § 73.
(*i*) Kierulff, p. 250, 254, 256, 260. V. § 283, p. 285.

ridad de los motivos. Podría atribuirse esta reforma á una ley del imperio de Alemania, pero esta ley no existe. Algunos autores hubieran podido establecer una teoría sábia generalmente admitida y en oposicion con el derecho romano; ó bien, sin el recurso de la teoría, una práctica inteligente hubiera podido introducir esta regla saludable. Pero se ha visto que hasta nuestros dias casi todos los autores han tenido sobre esta materia, y principalmente sobre la autoridad de los motivos, doctrinas muy incompletas y más ó ménos contradictorias; y entre estos autores figuran solamente aquellos cuyo testimonio puede ser invocado sobre el estado de la práctica. Por esta reunion de circunstancias, examinadas imparcialmente se ve que la suposicion de estos autores es inadmisible, cualesquiera que sean, por otra parte, los principios del derecho romano.

Buchka trata la cuestion absolutamente en el mismo sentido, pero con más detalles, y manifiesta un estudio más profundo de las fuentes. Los principios que expone sobre la autoridad de los motivos son más exactos que los de los autores que le han precedido *(k)*. Enseña que el juez puede y quiere pronunciar sobre todo lo que se ha fijado como objeto del litigio por los actos de procedimiento desde la demanda hasta la dúplica. Así, pues, para conocer la decision investida de la autoridad de la cosa juzgada es preciso recurrir, no sólo á la parte dispositiva de la sentencia, sino tambien á los motivos que la acompañan. Buchka, por una justa aplicacion de estos principios, atribuye la autoridad de la cosa juzgada á los puntos prejudiciales y, principalmente, á la *legitimatio ad causam*. Pero despues de haber referido lo que considera como una conquista del derecho actual, pretende que el derecho romano restringe la autoridad de la cosa juzgada á la sentencia misma, y que no la extiende á los motivos, principalmente á los puntos prejudiciales *(l)*.

Las observaciones que he hecho sobre la doctrina de Kierulff encuentran aquí una entera aplicacion.

Al ver opiniones tan contradictorias y á menudo tan erróneas entre los autores parece que la práctica debe pre-

---

(*k*) Buchka, v. II, p, 183, 209, principalmente p. 183, 184, 207.
(*l*) Buchka, v. I, p. 290, 314, principalmente, p. 301, 305, 308. Va-

sentar las mismas contradicciones y los mismos errores. Dudo, sin embargo, de la legitimidad de esta conclusion y me inclino á creer que varios de los autores citados han visto seguir y han seguido ellos mismos una práctica mejor que sus escritos. Esta circunstancia se explica por una observacion que he hecho ya al principio de este párrafo: las falsas doctrinas profesadas sobre esta materia se deben, más bien que á errores reflexivos, á la confusion de las ideas sobre la posicion de las cuestiones que habían de resolverse.

Puedo añadir, atendiendo á datos enteramente ciertos, que el tribunal supremo de apelacion del Reino de Sajonia, situado en Dresde, sigue una jurisprudencia conforme con los principios que acabo de establecer. Esta conformidad resulta de las siguientes reglas adoptadas por dicho tribunal.

Las decisiones insertas en la exposicion de motivos que versan sobre objetos sometidos al tribunal y que, por consiguiente, forman parte integrante de la disposicion, participan de la autoridad de la cosa juzgada.

Los motivos expresados para justificar la absolucion de la demanda y todos los no expresados, pero que la decision implica necesariamente, tienen, como la parte dispositiva, autoridad de cosa juzgada.

Se puede, pues, proceder por apelacion contra los motivos de la sentencia, en tanto que la sentencia misma pueda ser atacada por esta vía.

§ CCXCIV.—*Determinacion más rigurosa del contenido de la sentencia.—Los motivos tienen la autoridad de la cosa juzgada.—Derecho prusiano.*

Los textos del derecho prusiano, relativos á la autoridad

---

liéndose de una interpretacion forzada trata de descartar los textos más claros (L. 7, § 4, 5, de exc. r. j. XLIV, 2) que contienen los verdaderos principios del derecho romano sobre la autoridad de la cosa juzgada (página 293). En cuanto á los argumentos que busca en otros textos (principalmente para la accion de alimentos, p. 305, y para la *pignoris capio*, página 308), los refutaré más adelante, § 298.

de la cosa juzgada, son tan generales (*a*) que manifiestan evidentemente haber querido adoptar sus autores los principios del derecho comun y contentádose con confirmarlos.

En cuanto á la autoridad de los motivos, hay un texto que á primera vista parece excluir absolutamente y conceder la más alta importancia al lugar que ocupa una decision judicial.

Allg. Gerichtsordnung, I, 13, § 38: «los colegios de jueces y los redactores de las sentencias deben distinguir cuidadosamente la decision real de sus motivos y asignarles un lugar distinto, sin confundirlos nunca, *pues simples motivos no deben jamás tener autoridad de cosa juzgada* (*b*).

Este texto no nos dice que es lo que debe entenderse por motivos, y la expresion *simples* motivos permite creer que los hay de varias especies, lo cual concordaría perfectamente con los principios que más arriba he asentado (*c*).

Pero un poco ántes del texto que acabo de citar existe otro sobre el que debo llamar la atencion y del que se ha hecho uso con frecuencia en las discusiones sobre la autoridad de la cosa juzgada.

La cuestion de la autoridad de los motivos tiene principalmente una importancia práctica cuando al lado de la accion principal existen ciertas cuestiones prejudiciales, entre las cuales figura en primer término lo que se llama *exceptiones litis finitæ* (la transaccion, por ejemplo) y *legitima-*

(*a*) A. G. O. Einleitung, § 65, 66, y I, 16, § 1.

(*b*) Los materiales para el *Allg. Gerichtsordnung* no nos enseñan nada sobre el orígen y el sentido de este texto. El proyecto escrito de mano de Suarez (t. 15, fol. 44) está literalmente conforme con el texto impreso. El Corpus. j. Frid. 1781, Tit. 13, § 11, reproduce este texto, salvo ligeras diferencias (por ejemplo, *maaszen* en lugar de *indem.*) Un proyecto anterior, escrito tambien de mano de Suarez, reproduce las mismas disposiciones, pero con algunas variantes en los términos; en él se encuentran, por ejemplo, varias expresiones latinas, tales como *distinguiret, vice versa* (v. V, fol. 61: en este proyecto corresponde nuestro texto al Tit. 11). Un proyecto más antiguo todavía de Carmer (1775) no contiene ninguna disposicion de este género (V. II, fol. 75, 77: esta materia forma parte del Cap. XVII). Otro tanto digo del § 36. En el Corpus j. Frid. 1781, Tit. 13, § 10, sólo se encuentran ligeras diferencias con la A. G. O. («Las cuestiones preliminares y prejudiciales existentes en el proceso.») El proyecto de Suarez v. V, fol. 61, expresa: «*passus præliminares et præjudiciales*.

(*c*) Un autor moderno ha llamado ya la atencion sobre estas expresiones; este autor es Koch, Lehrbuch des Preusz Rechts, v. I, § 199.

tio ob causam. He aquí la razonable distincion que la ley prusiana establece en semejante caso *(d)*. Si la cuestion prejudicial es susceptible de una solucion pronta y fácil y la accion principal presenta dificultades, la accion prejudicial se instruye desde luego y se juzga separadamente; en este caso no hay duda posible sobre la notoridad de la decision. Si, por el contrario, ambas cuestiones «ofrecen proximamente las mismas dificultades,» se sigue la regla de que «la accion principal y la excepcion se instruyen y se juzgan al mismo tiempo *(e)*». Ahora se trata de saber cómo se aplica esta regla.

En la opinion de los que rehusan á los motivos toda autoridad, el juez no debe pronunciar más que una condena ó una absolucion; por consiguiente, no siendo la opinion que se forme sobre las cuestiones prejudiciales más que uno de los motivos de la decision, no figura dicha opinion en la sentencia, ni adquiere autoridad de cosa juzgada, ni confiere ningun derecho á ninguna de las partes *(f)*. Si no existiese sobre esta cuestion una disposicion legislativa, se concebiría difícilmente que circunstancias enteramente accidentales pudiesen determinar los límites de la autoridad de la cosa juzgada. En efecto, ¿cuáles son estas circunstancias? Una presuncion abandonada á la libre apreciacion del juez. Si cree la cuestion prejudicial más fácil de juzgar que la demanda principal, dicta sobre dicha cuestion una decision especial que adquiere la autoridad de la cosa juzgada; y lo contrario tendría lugar si, no admitiendo esta presuncion, no hubiese pronunciado separadamente sobre la cuestion prejudicial.

Pero he aquí una disposicion legislativa expresa sobre el caso que nos ocupa, aquel en que el juez pronuncia simultáneamente sobre los puntos prejudiciales y sobre la demanda principal.

(*d*) A. G. O. I., 10 § 62, 81, *b*.
(*e*) A. G. O. I., 10. § 62, *c*, y § 63, comparados con el § 68. La misma regla se aplica cuando lo principal es sencillo y fácil y la excepcion difícil, á ménos que no haya lugar á rechazar inmediatamente la demanda en cuanto á lo principal, pues entónces es inútil pronunciar sobre la excepcion, § 64, 67.
(*f*) Se verá más adelante que esta doctrina rigurosa ha sido adoptada en nuestros dias.

Allg. G. O. I., 13, § 36:

«La sentencia debe comprender primeramente todas las cuestiones prejudiciales é incidentales y dar sobre cada uno de estos puntos el motivo de la decision; debe, además, pronunciar sobre la demanda principal, y si esta demanda versa sobre varios puntos, cada uno de ellos debe ser decidido sucesivamente y siempre con indicacion de sus motivos» (V. nota, *b*).

Así, decisiones que no versan inmediatamente sobre el fondo del proceso, pues no contienen ni condena ni absolucion directa y que, segun el uso de los tribunales, figuran en los motivos y no en las sentencias, deben ser insertadas en la parte dispositiva misma y adquirir de esta manera la autoridad de la cosa juzgada.

Este texto confirma, á mi entender, los principios más arriba establecidos sobre la autoridad de los motivos (objetivos) de la sentencia. La única duda que puede suscitarse contra esta interpretacion sería que la ley toma la expresion *cuestiones prejudiciales* en un sentido restrictivo. Entiendo por cuestiones prejudiciales todas las que, independientemente del mérito de la demanda principal, pueden motivar una sentencia definitiva, dispensando al juez de examinar si la demanda principal está bien ó mal fudada. En esta categoría coloco las *exceptiones litis finitæ*, como tambien las *exceptiones litis ingressum impedientes*, *la exceptio deficientis legitimationis ad causam* y varias otras. La ley dice formalmente que todas estas cuestiones deben juzgarse de la misma manera y segun la distincion más arriba establecida (*g*). Si son más fáciles de juzgar que la demanda principal, son objeto de una decision distinta, la cual, por consiguiente, precede á toda decision sobre esta demanda (*h*). Si presentan próximamente las mismas dificultades se juzgan al mismo tiempo que la demanda principal, y á este caso se aplica el § 36 más arriba citado que

(*g*) Los §§ 79, 81, *b* (G. O. I, 10), comparados con los §§ 72, 78, *b*, no dejan duda de ninguna especie sobre la asimilacion completa establecida por la ley entre los diversos casos aquí enumerados.

(*h*) Precisamente se llaman *prejudiciales* estas cuestiones porque pueden recibir una decision distinta y preliminar.

da á la frase *acciones prejudiciales* toda la extension posible *(i)*.

Si se objeta que en la práctica no se redactan las sentencias como lo exige el § 36, contesto que no tenemos que indagar si la práctica viola realmente la ley ó si al separarse de ella se obedece á una imperiosa necesidad; se trata únicamente de conocer el verdadero sentido de la ley, y segun la explicacion que precede, se vé que atribuye á los motivos objetivos la autoridad de la cosa juzgada, y que, para asegurar la ejecucion del precepto, ordena insertar en la sentencia misma todo lo que se refiere realmente á los motivos objetivos.

Voy á indicar por el órden cronológico todos los monumentos conocidos de la jurisprudencia relativa á estas leyes. Comprendo en esta lista tanto las decisiones de los tribunales como los rescriptos de la autoridad superior.

1) Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de Agosto de 1817 *(k)*.

Un locatario de molinos demanda la remision de diferentes términos por habérsele perturbado en el goce de su arrendamiento. Una sentencia definitiva declara que el locatario tiene derecho á la remision, bajo la condicion, sin embargo, de producir la cuenta de administracion ordenada por el Código. El demandante no puede justificar esta cuenta y, no obstante, reclama de nuevo la remision de los términos del arrendamiento.

Dos sentencias rechazan esta nueva demanda en virtud de la primera sentencia. Pero una sentencia de revision concede la remision solicitada por dos motivos.

(i) El § 81, *a* expresa que la *legitimatio ad causam* es un punto *prejudicial*, y estas palabras: otros puntos *prejudiciales*, que se leen al márgen del § 81, *b*, prueban que todos los casos precedentes se consideran como puntos *prejudiciales*, denominacion que les conviene perfectamente. Sobre la expresion, *puntos ó cuestiones prejudiciales*, V. Bethmann Hollweg, Versuche, p. 133, 137 y A. G. O. I, 5, § 29. He tratado con detenimiento esta cuestion, porque hace poco se ha procurado dar una explicacion arbitrariamente restrictiva del § 36. Waldeck, en la Neuen Archiv. für Preuszisches Recht, Jahrg. 7 (1841) p. 469. 471, reconoce que la *legitimatio ad causam* es un punto prejudicial (sobre el cual exige una *decision* el § 36). Sí, pues, esta *legitimatio* es uno de los objetos de las sentencias y adquiere la autoridad de la cosa juzgada, se reconoce en principio esta autoridad atribuida á los motivos.

(k) Simon und Strampff Rechtssprüche, v. I, p. 62.

Primeramente el demandado mismo había declarado en la primera instancia que consentia en que se acreditase la prueba, ya por una cuenta, ya de otro modo cualquiera. Además, la sentencia se contradecía á sí misma puesto que reconocía la remision como fundada en derecho y la somete, sin embargo, á una condicion.

Podría estimarse, á primera vista, esta decision como una libre apreciacion de la cosa juzgada, y, principalmente como un reconocimiento de la autoridad de los motivos. Por el contrario, yo veo en ella una verdadera violacion de la autoridad de la cosa juzgada. En efecto, la declaracion de una de las partes contenidas en los actos del procedimiento no es uno de los motivos de la sentencia, y si no se ha tenido en cuenta podría todo lo más dar orígen á un recurso de apelacion. Además no hay contradiccion alguna en reconocer como fundada una demanda, pero bajo condicion, es decir, en parte.

2) Rescripto de 18 de Noviembre de 1823 *(l)*, (Ministro Kircheisen).

La parte dispositiva de una sentencia que rechaza una demanda, no tiene necesidad de reproducir todos los detalles, «pues los motivos que acompañan á la sentencia enseñan á la parte que sucumbe todo lo que le importa saber.»

Este rescripto, sin ser muy explícito, parece estar conforme con el principio de que los motivos forman parte integrante de la sentencia; de otro modo, los motivos no enseñarían á la parte que sucumbe todo lo que le importa saber, es decir, si tiene medio de interponer apelacion.

3) Rescripto del 28 de Julio de 1835 *(m)*, (Ministro Mühler.

Se ve que el reconocimiento de un derecho no constituye una sentencia verdadera, sino cuando se refiere á los motivos. Así, una sentencia, fundada sobre un motivo contrario á las leyes debe ser anulada, aunque se pudiera justificar de otro modo, y que, en definitiva, debiera ser mantenida su decision.

Este rescripto aplica evidentemente los verdaderos prin—

(*l*) Kamptz, Jahrbücher, v. XXII, p. 173.
(*m*) Kamptz. Jahrbücher, v. XLVI, p. 112.

cipios sobre la conexion que existe entre los motivos y la sentencia.

4) Sentencia del tribunal de 1.° de Diciembre de 1843 (*n*).

El propietario de un feudo reclama sumas que se le deben por ciertos derechos feudales; el demandado reclama por una accion reconvencional la anulacion de la hipoteca que garantiza estos derechos. El demandado es condenado á pagar y su accion reconvencional es rechazada. Ahora bien, el antiguo demandado pretende que no estando gravado su inmueble por ningun derecho feudal queda libre de toda especie de hipoteca. Dos tribunales rechazan sucesivamente esta nueva demanda, en virtud de la *exceptio rei judicatæ*. Estas sentencias son atacadas de nulidad y reformadas por el motivo de que la primera sentencia había decidido sobre ciertos tributos feudales, no sobre el derecho del feudo mismo, y, por consiguiente, que los demás jueces habían atribuido equivocadamente á los motivos la autoridad de cosa juzgada que exclusivamente pertenece á la parte dispositiva.

Esta decision se encuentra en contradiccion directa con los principios expuestos más arriba sobre la autoridad de los motivos.

5) Decision (Plenarbeschluz) del tribunal de 23 de Enero de 1843 (*o*).

El caso de que aquí se trata no pertenece directamente á nuestra cuestion; pero los motivos de esta decision expresan la doctrina siguiente. Cuando existen varias excepciones opuestas á la demanda y el juez quiere pronunciar una absolucion, debe pronunciarla pura y simplemente, sin expresar si rechaza la demanda misma ó admite una ú otro de las excepciones. De otro modo, el demandado victoriosa se vería obligado, en el caso en que apelase el demandante de la sentencia, á apelar él mismo tambien de los motivos que le son perjudiciales.

Aquí, evidentemente, se reconoce el punto de vista más

(*n*) Koch, Schlesisches Archiv. v. V, p. 277, sq. El texto principal se encuentra p. 283, 285. El editor señala tambien en esta materia otros puntos que se prestan á la crítica.

(*o*) Entscheidungen des O. Tribunals, v. IX, p. 128 y sig. El texto principal se encuentra p. 132, 133.

arriba criticado (§ 293), segun el cual debe tratarse únicamente de apresurar y facilitar la decision del proceso, sin inquietarse del porvenir, y, principalmente, de cerrar, en cuanto sea posible, el camino de la apelacion. Para reconocer cuán estrecho y exclusivo es este punto de vista, basta señalar los casos en que una sentencia dictada, con arreglo á estos principios, adquiere inmediatamente la autoridad de la cosa juzgada, ó es dictada en apelacion. La preocupacion de abreviar un proceso puede hacer que surjan de él un gran número de pleitos que no se entablarían si se hubiese dado á la autoridad de la cosa juzgada su legítima extension. No comprendo, además, como se puede conciliar esta doctrina con el texto de la ley (Gerichtsordnung, I, 13 § 36) ántes citado.

6) Decision (Plenarbeschlusz) del tribunal de 19 de Setiembre de 1845 (*p*).

Cuando al combatir un demandado la demanda en el fondo, opone además excepciones prejudiciales, estas excepciones pueden, segun las circunstancias, ser instruidas y juzgadas separadamente. Pero cuando la instruccion se verifica simultáneamente, las excepciones prejudiciales deben (con arreglo á esta decision del tribunal), figurar, no en la parte dispositiva, sino en los motivos; por consiguiente, lo que el tribunal decide sobre estas excepciones no tiene autoridad de cosa juzgada, y no es susceptible de apelacion.

Aplico á esta decision del tribunal lo que he dicho de la precedente; la violacion de la ley ya citada (A. G. O. J., 13, § 36) es aqui más directa y evidente.

7) Sentencia del tribunal de 26 de Enero de 1847 en el negocio Neste de Molstow contra Ulrike Amalie Koltermann (comunicada en manuscrito). Los motivos de esta sentencia contienen un pasaje enteramente conforme con los principios que he sentado:

«El demandado había invocado ya la adquisicion de los derechos sucesivos, verificada por el acto de 1.° de Julio de 1142, y la había opuesto *excipiendo* á la demandante. El juez de revision había rechazado la excepcion por el motivo de que este contrato no podía perjudicar á la demandante.

(*p*) Entscheidungen des O. Tribunals, v. XI, p. 118-122.

Como se trata de una excepcion, esta decision sólo figura en los motivos; sin embargo, la excepcion asi rechazada es condenada difinitivamente y no podría dar lugar á una protextacion ulterior ó á una nueva accion (V. Wächter, Handbuch, v. II, p. 558, 567).»

Réstame dar á conocer de qué manera se ha considerado la cuestion por los autores que han escrito sobre el derecho prusiano.

Cräveil, en varios pasajes de su comentario sobre la *Gerichtsordnung* (*q*), habla de la relacion entre los puntos prejudiciales y la sentencia misma, como tambien de la autoridad de la cosa juzgada; pero aunque sus expresiones parecen indicar un sano criterio, son tan poco precisas que no podría decir si este autor adopta ó no los mismos principios que yo.

Koch, por el contrario, en varios de sus escritos sienta la manera más formal sobre la autoridad de los motivos, la doctrina que he presentado como perteneciente al derecho prusiano y al derecho comun de Alemania (*r*).

Terminaré esta indagacion señalando los puntos de contacto que la misma tiene con una cuestion muy diferente que ha dado lugar en nuestros dias á discusiones sabías y profundas cual es, la de saber si en un colegio de jueces se debe votar sobre los motivos ó únicamente sobre el resultado difinitivo (*s*). En el primer caso, se fija el resultado con

---

(*q*) Grävell, Comm. über die A. G. O., t. I, p. 145, t. II, páginas 281, 285, 286.

(*r*) Koch, Lehrbuch des Preszischen Rechts, t. I, § 199, 200, y Juristiche Wochenschrift, 1837, p. 1-10, p. 21-24. El caso siguiente es principalmente decisivo (p. 1, 2, 31, 32). Se había opuesto una *exceptio non numeratæ pecuniæ* á una demanda sobre pago de intereses vencidos: esta excepcion había sido rechazada, y el demandado condenado á pagar. Más tarde reclama éste la restitucion del título de crédito en virtud de la *condictio sine causa*, y esto, con arreglo al motivo que había ya hecho valer inútilmente como excepcion. El primer juez rechaza la demanda como contraria á la autoridad de la cosa juzgada. El juez de apelacion reforma esta sentencia, porque dice; las dos acciones tienen objetos diferentes; y si bien se ha reconocido la existencia del préstamo en el primer proceso, lo ha sido en los motivos y no en la parte dispositiva, que es la única que tiene autoridad de cosa juzgada. Koch critica con justicia esta decision.

(*s*) Autoridades para el voto sobre los motivos: rescripto ministerial de 1819; segundo, de 1834; tercero, de 1840 (Ergänzungen und Erläuterungen der Preuszischen Rechtsbücher, t. VIII, Breslau, 1843, zu G. O. I. 13.

arreglo á los diversos motivos adoptados por la mayoría, temiendo que esta no aceptase directamente este resultado. En el segundo caso, se ponían en armonía con el resultado los diversos motivos expresados, temiendo que estos motivos no se aprobasen directamente por la mayoría *(t)*.

Sin separarme de mi asunto, no podría tratar aqui de esta cuestion difícil y complicada; quiero únicamente indicar de qué manera se relaciona con los principios que acabo de exponer sobre la autoridad de los motivos. Si estos principios son verdaderos, es decir, si los motivos objetivos forman realmente parte integrante de la sentencia y participan de la autoridad de la cosa juzgada, debe votarse necesariamente sobre cada uno de los motivos objetivos y no únicamente sobre la condena ó absolucion, porque si no esta parte de la sentencia no sería dictada por la mayoría. Quedaría además por saber si respecto á los motivos subjetivos no debe adoptarse el procedimiento inverso *(u)*.

§ CCXCV. *Autoridad de la cosa juzgada.*—II. *Sus efectos.*—*Introduccion.*

Hasta aquí he procurado determinar las condiciones de la autoridad de la cosa juzgada; réstame indagar cuáles son sus efectos *(a)*.

Entre estos efectos se distinguen tres grados que responden á las instituciones siguientes: la ejecucion, la *actio judicati* y la excepcion de la cosa juzgada.

Las dos primeras de estas instituciones, se aplican exclusivamente á las sentencias condenatorias, mientras que

---

§ 31, p. 314, 315; Justiz-Ministerialblath, 1841, p. 18-24); Göschel, Zerstreute, Blätter, t. I, p. 238; Koch, Sehrbuch des Preuszchen Rechts, t. I. § 64. Autoridades para el voto sobre el resultado: Dorguth, Juristiche, Wochenschrift, 1841, p. 153, 173, 625, 645, 647, 671; Waldeck, en el Neuen Archiv. für Prenszisches Recht, Jahrg, y (1841), páginas 427-471.

(*t*) Esto es lo que desea expresamente Dorguth, p. 159, núm. 11.

(*u*) Por mi parte no tengo dificultad alguna para adoptar respecto á los motivos subjetivos, la misma manera de proceder que en los motivos objetivos. Habria lugar á hacer una aplicacion de ello si por ejemplo se suscitaran diferentes objeciones contra los testigos á los documentos producidos.

(*a*) He citado al final del § 283 el lazo que une estas diversas cuestiones.

la tercera, la excepcion, es aplicable á toda clase de sentencias, tanto condenatorias como absolutorias. Pero existe entre ellas, además, una diferencia más importante para nosotros. Las dos primeras de estas instituciones pertenecen al derecho de procedimiento, la tercera se refiere enteramente al fondo del derecho, y por consiguiente, es una de las materias que forman el objeto especial de esta obra.

En el caso de condena, la ejecucion, cuando no es libremente consentida, es la consecuencia más directa y más sensible de la autoridad de la cosa juzgada. Sin embargo, no tiene otro objeto que proteger por la fuerza exterior la decision del juez, y por tanto, no es más que el último de los actos de procedimiento (*b*). La ejecucion, no influye, pues, sobre el fondo del derecho por la modificacion de las relaciones jurídicas, y cuando entraña semejantes modificaciones, se deben éstas á circunstancias accidentales, pero no á la naturaleza y destino de la ejecucion. La fuerza no puede ser empleada directamente para obtener el cumplimiento de las obligaciones que la condena impone al demandado; es preciso recurrir á otros medios de coaccion indirectos, ó reemplazarlos de manera que se obtenga el equivalente de la ejecucion forzada (*c*).

Lo que acabo de decir, se aplica en gran parte, á la *actio judicati*. Sin duda encontramos aquí una institucion nueva, referente al fondo del derecho, pues descansa sobre una obligacion especial; esta obligacion, sin embargo, no es en sí misma otra cosa que el desarrollo y cumplimiento de la accion que sirve de base á la *litiscontestatio* (*d*). A la verdad

---

(*b*) Entre las fuentes del derecho romano relativas á este asunto, citaré una gran parte del título del Digesto, de re judicata (XLII, 1), principalmente las prescripciones sobre el *tempus judicati* (L. 7; L. 4, § 5; L. 29, de re jud., etc.), y sobre el *pignus in causa judicati captum.*

(*c*) Puede emplearse directamente la coaccion para obtener la restitucion de una cosa poseida por el demandado ó el pago de una suma de dinero, por medio de un embargo y de una venta. No sucede lo mismo cuando es necesario un acto libre del demandado para la ejecucion de la sentencia; preciso es entónces recurrir á la coaccion indirecta, la prision, por ejemplo, ó la sustitucion, por *æstimatio*, de una suma de dinero al objeto primitivo, de lo que nos ofrece numerosas aplicaciones el derecho romano. Encontramos sobre esta materia reglas muy diferentes establecidas por la teoría y por la práctica. V. Wächter, Heft, II, páginas 14-33

(*d*) V. ántes, § 258, p. 28, 29; Keller, p. 199, nota 3, cita varios textos relativos á esta obligacion.

que no teniendo esta obligacion otra materia que la ejecucion, no es más que la ejecucion misma bajo otra forma; participa, pues, de su naturaleza y pertenece al dominio del procedimiento (*e*). Así pues, todos los que pueden considerarse como privilegios de esta accion se refieren en gran parte á las formas del procedimiento (*f*). Existe, sin embargo, uno de estos privilegios que se refiere principalmente al fondo mismo del derecho y exige ser aquí estudiado particularmente: aludo á los intereses judiciales.

En efecto, cuando condena una sentencia al demandado á pagar una suma de dinero, puede suponerse que ántes de la sentencia debiese por esta suma intereses, ya convencionales, ya moratorios, ya de procedimiento, ó que no los debiese de ninguna clase. Se pregunta ahora si en estas diversas hipótesis modifica para el porvenir la sentencia la obligacion relativa á los intereses. El derecho romano ha dudado largo tiempo sobre la solucion de esta cuestion; pero la decision del derecho justiniáneo no es dudosa (*g*). A partir de la sentencia definitiva cesan de correr los intereses de toda especie y este favor concedido al demandado, con el fin de facilitarle la ejecucion voluntaria, dura cuatro meses. Si en este plazo no paga el demandado, no comienzan á correr los antíguos intereses, sino que se deben intereses nuevos, y estos, fijados siempre á doce por ciento (*centesimæ*), versan únicamente sobre el capital primitivo, no sobre los intereses anteriores. Los mejores autores que han escrito sobre la práctica, concuerdan en reconocer que esta disposicion especial y enteramente arbitraria no se aplica ya hoy (*h*). Res-

---

(*e*) Una gran parte del texto del Digesto, de re judicata (XLII, 1), *actio judicati* cuya naturaleza general se expone en los textos siguientes: L. 4, 5, 6, 7, 41, § 2, 43, 44, 6, de re jud. (XLII, 1). Con frecuencia los jurisconsultos modernos hablan además de una *imploratio officii judicis*, pero esta es en el fondo la *actio judicati*, acaso con ménos formalidades. V. Buchka, t. II, p. 214. Por otra parte, existen en varios países leyes especiales de procedimiento que establecen diferentes grados para el ejercicio de este derecho, como, por ejemplo, la Prensz. Allg. Gerichtsordnung, t. I, tit. 24, § 3, tit. 28, § 14.

(*f*) Tales son en el antiguo derecho, la pena del doble en el caso de denegacion de la sentencia, la *manus injectio*, la *satisdatio*, un *vadimonium* especial. Gayo, IV, § 9, 21, 25, 102, 186.

(*g*) L. 13, C., de usur. (IV, 32); L. 1, 2, 3, C., de us. rei jud. (VII, 54).

(*h*) Voetio, lib. 22, tit. I, § 11; Stryk, ibid., § 13; Lauterbach, ibid., párrafo 22.

tan, pues, únicamente, aún despues de una sentencia definitiva, los antiguos intereses que corren sin interrupcion, principalmente los intereses del procedimiento en los casos en que son exigibles.

Llego al último de los tres efectos más arriba enumerados, la *exceptio rei judicatæ* ó excepcion de la cosa juzgada. He dicho ya que el desenvolvimiento histórico de la autoridad de la cosa juzgada se relaciona con esta excepcion como con su verdadero centro (§ 281 y sig.); esta excepcion es la que principalmente está llamada á realizar la ficcion de verdad atribuida á la cosa juzgada; en otros términos, impide que el contenido de una sentencia se encuentre nunca en contradiccion con el de una sentencia anterior. En los tiempos antíguos dividía esta funcion con otras instituciones análogas *(i)*; pero habiendo desaparecido sucesivamente estas instituciones ha bastado para desempeñar por sí sola este importante papel; así es que para el derecho actual tiene mucho más interés que alcanzó antiguamente.

Esta excepcion, puede resultar de una absolucion, de igual modo que de una condena; pertenece, pues, á una esfera de accion mucho más vasta que la ejecucion y la *actio judicati*, las cuales únicamente se aplican á las sentencias condenatorias. A la absolucion corresponde una excepcion que protege al demandado contra toda accion nueva que pueda comprometer el resultado de esta absolucion. A la condena corresponde una excepcion que el demandante y el demandado pueden invocar igualmente; el demandante, cuando por una accion nueva pretende el demandado un derecho en contradiccion con la condena pronunciada (§ 287); el demandado, cuando se le hace una relamacion en virtud del derecho reconocido por la sentencia, pero excediendo de los límites que la condena establece (§ 286).

Con la excepcion de la cosa juzgada tienen varias instituciones más ó ménos semejanza y afinidad. Citaré, primeramente, la *exceptio pacti* y *jurisjurandi*, pues un pacto ó un juramento pueden poner fin á un litigio, de igual manera

---

(i) Es decir, la consumacion de la accion resultante de la *litiscontestatio*; por consiguiente, se encontraban anuladas *ipso jure* varias acciones, otras desechadas por medio de una *exceptio rei in judicium deductæ* (§ 281).

que una decision judicial. En estos diferentes casos es igualmente inadmisible cualquiera accion que tenga por objeto renovar el litigio de este modo terminado; en cuanto á este efecto, se colocan absolutamente en la misma línea las tres excepciones. Cuando se presenta la cuestion de saber si existe realmente identidad entre la antigua y la nueva accion puede ayudar á resolverla una comparacion entre estas tres excepciones. Existe, no obstante, respecto á ella una diferencia fundamental: la *exceptio pacti* y *jurisjurandi* son reconocidas por el *jus gentium*, mientras que la *exceptio rei judicatæ* es una institucion del derecho positivo (§ 249, c). Esta excepcion tiene tambien la analogía de que ántes he hablado (§ 231 y sig).

El principio del concurso impide que la cosa demandada y obtenida en virtud de una accion pueda ser segunda vez reclamada por una accion nueva; el principio de nuestra excepcion impide que la demanda rechazada por una sentencia pueda ser reproducida segunda vez.

Así, pues, estas dos instituciones suponen resultados anteriores y diametralmente opuestos; su analogía consiste en que implican una cierta identidad entre el primero y el segundo litigio.

Esta analogía es más bien aparente que real si se considera la excepcion de la cosa juzgada bajo su faz nueva (la funcion positiva), pues la identidad se toma entónces en diferente sentido que cuando se trata del concurso. El principio del concurso puede impedir el uso de una accion nueva mientras que la relacion existente entre las dos acciones no permitiría invocar la excepcion de la cosa juzgada; y recíprocamente, esta excepcion puede hacer rechazar la accion en el caso en que el principio del concurso no fuera aplicable. Estas diferencias han escapado á varios autores que han tratado de establecer entre estas dos instituciones analogías contrarias á su naturaleza (*k*).

Puede definirse en estos términos el fin y resultado de la excepcion de la cosa juzgada: servir de obstáculo á toda accion que tienda á contradecir el contenido de una sen-

---

(*k*) Véase t. IV, § 231. Había tambien más afinidad entre el concurso y la *exceptio rei judicatæ* bajo su antigua forma (la funcion negativa).

tencia definitiva anterior. Esta excepcion puede presentarse como todas las demás, bajo la forma de una réplica ó de una dúplica, segun la marcha del procedimiento. Entónces, no es la accion del adversario la que se rechaza, sino su excepcion ó su dúplica. Así, comprendiendo todos los casos, la regla puede formularse del siguiente modo: toda pretension del adversario que se encuentre en contradiccion con una sentencia definitiva es inadmisible.

Despues de estas consideraciones preliminares, réstame tratar el punto más importante: ¿á qué condiciones es aplicable la excepcion de la cosa juzgada? El exámen de esta cuestion terminará el presente estudio.

§ CCXCVI. *Excepcion de la cosa juzgada.—Condiciones.—Ojeada general.—La misma cuestion de derecho.*

La cuestion que nos ocupa puede formularse en los siguientes términos: cuando á una accion se opone como excepcion una decision judicial anterior, para que la excepcion sea eficaz, es preciso determinar la relacion que debe existir entre ambos litigios.

Hé aquí sobre esta cuestion dos textos de Ulpiano concebidos próximamente en los mismos términos y en los que, por una coincidencia notable, se invoca dos veces el testimonio de Juliano.

L. 3, de exc. r. j. (XLIV, 2): «Julianus, lib. 3 Dig., respondit, exceptionem rei judicatæ obstare quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur.»

L. 7 § 4, eod.: Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii (*a*).

Estos dos textos concuerdan en exigir para la validez de la excepcion una doble relacion de identidad entre el primero y el segundo litigio: la cuestion de derecho debe ser la que ha sido juzgada anteriormente y las personas deben ser las que han sostenido el primer litigio. Estas dos con-

---

(*a*) Se lee en el mismo texto, algunas líneas más arriba (L. 7, § 1, eod.): «Et quidem ita definiri potest, totiens eamdem rem agi *quotiens apud judicem posteriorem id quæritur quod apud priorem quæsitum est.*»

diciones pueden designarse llamando á la una identidad objetiva y á la otra identidad subjetiva. Examinemos ante todo la primera; la identidad de la cuestion de derecho.

Lo que los dos textos citados designan por eadem *quœstio* se llama en otra multitud de textos eadem *res* (*b*). Esta última expresion es evidentemente mucho más vaga que la primera, pues la palabra *res*, vistas sus numerosas acepciones, puede designar el acuerdo entre el objeto exterior, de igual modo que la concordancia del nombre ó de la fórmula de ambas acciones. La palabra *quœstio* indica, por el contrario, de la manera más precisa, la cuestion de derecho sometida en ambas acciones al exámen y á la decision del juez, é impone al segundo juez la obligacion de indagar el contenido de la primera sentencia y de conformarse con ella. Esta precision en los términos no es únicamente un progreso esencial; nos prueba tambien que, modificando su fraseología los jurisconsultos se daban exacta cuenta del desenvolvimiento nuevo de nuestra institucion, la funcion positiva de la *exceptio rei judicatœ*.

La excepcion en su antigua forma (la funcion negativa) exigía sin duda una cierta identidad entre las dos acciones, pero con la diferiencia de que la identidad debía referirse principalmente á la *intentio* de ambas acciones, no al contenido de la sentencia, y en el derecho nuevo no podía tratarse de esta identidad (*c*).

La existencia de la misma cuestion de derecho (identidad objetiva) es, pues, la primera condicion de la excepcion

---

(*b*) L. 7, pr., de exc. r. j. (Ulp.); L. 14, pr., eod. (Paul.); L. 27, eod. (Nerat.). Se encuentra la misma expresion en la L. 5, eod.; sin embargo, este texto se refiere en realidad, no á nuestra excepcion, sino á la cuestion siguiente. Con intencion de ejercitar una *mandati actio*, se había hecho dar el demandante una *cautio judicio sisti* y esto *antes de la litiscontestatio* (V. L. 10, § 2; L. 13, si quis caut.); posteriormente. cambia de propósito é intenta con el mismo fin la *actio negotiorum gestio;* ahora bien, se pregunta si en el caso en que el demandado no se presentase es responsable todavía el obligado por la caucion de la primera accion. Ulpiano se pronuncia por la afirmativa, porque se trata de la *eadem res*. V. Buchka. t. I, p. 97. Sin embargo, no podría criticarse la insercion de este texto en el Digesto, pues la existencia de la *eadem res* es exigida para la excepcion de igual manera que para la caucion.

(*c*) Se encuentra tratado este punto con gran detenimiento y con la indicacion de todas las restricciones necesarias, por Keller, § 33. Este autor, p. 272-275, muestra la analogía de la *eadem quœstio* con la naturaleza propia de la excepcion en su funcion positiva.

de la cosa juzgada de que debemos ocuparnos. Esta condicion encierra dos reglas contrarias, cuyo sentido tiene necesidad de ser fijado y explicado por medio de ejemplos.

I. Desde el momento en que las dos acciones se refieren á cuestiones de derecho diferentes, es inaplicable la excepcion de la cosa juzgada, aunque hubiera entre ambas cuestiones una apariencia de identidad. Los ejemplos siguientes pondrán más de manifiesto este asunto.

La decision relativa á la posesion no motiva nunca la excepcion de la cosa juzgada, contra la accion de propiedad *(d)*, y recíprocamente. Podría pretenderse considerar la propiedad y la posesion como dos derechos sobre la cosa, el uno más extenso, el otro más restringido y estimar la posesion como parte integrante de la propiedad; este sería un grave error. Ambos derechos pertenecen á especies del todo diferentes (*e*); de modo que la afirmacion del uno no está nunca en contradiccion con la negacion del otro.

Cuando una accion confesoria relativa á un *iter* ha sido rechazada, la excepcion no impide que se ejercite más tarde una accion confesoria por un *actus* (*f*). Sin duda al *actus* abraza todo lo que contiene el *iter*; sin embargo, son dos servidumbres distintas, cada una de las cuales tiene su nombre y cada una de las cuales puede ser constituida independientemente de la otra por un acto jurídico especial.

La denegacion de la accion de propiedad, no impide ejercitar más tarde la *condictio*, aunque estas dos acciones tengan exteriormente el mismo fin, cual es el de atribuir la cosa litigiosa al demandante (*g*).

La denegacion de una accion motivada en un *dolus* no impide ejercitar más tarde la accion aquiliana, pues esta puede fundarse solamente en una simple *culpa* (*h*).

II. Por el contrario, cuando dos acciones versan sobre la misma cuestion de derecho, la exception de la cosa juzgada es aplicable á pesar de sus aparentes diferencias.

Con el fin de esclarecer debidamente esta regla importante y difícil en más de un respecto, examinaré primero

---

(*d*) L. 14, § 3, de exc. r. jud. (XLIV, 2).
(*e*) L. 12, § 1, de adqu. vel am. poss. (XLI, 2).
(*f*) L. 11, § 6, de exc. r. jud. (XLIV, 2).
(*g*) L. 31, de exc. r. jud. (XLIV, 2),
(*h*) L. 13, pr., de lib. causa (XL, 12).

los casos más sencillos, á saber, aquellos en que la identidad absoluta de las dos cuestiones no es susceptible de ninguna duda. Veremos, despues, qué es lo que puede faltar á esta identidad completa sin que deje de existir bajo nuestro punto de vista, y sin que resulte inaplicable la excepcion de la cosa juzgada. En semejantes casos existen diferencias aparentes, pero hay una identidad real.

Citaré primeramente dos casos en que la identidad de las dos acciones no es susceptible de la menor duda.

Reclamada la propiedad de un inmueble como fundamento en la usucapion, es rechazada esta demanda por una sentencia. Más tarde el mismo demandante dirige contra el mismo demandado la accion de propiedad, fundada en el mismo motivo. La reclamacion de un préstamo de cien escudos es rechazada por una sentencia; posteriormente se reproduce la demanda contra el mismo demandado. En estos dos casos la segunda accion no difiere en nada de la primera, de la cual es puramente una simple reproduccion; la aplicacion de la excepcion de la cosa juzgada no podría, pues, ofrecer la menor duda.

Sin embargo, no es en modo alguno necesario que la identidad sea tan completa como acabo de suponer para que se aplique la excepcion que nos ocupa. Basta que existan realmente en un caso dado las condiciones fundamentales de dicha excepcion: á saber, la misma cuestion de derecho y las mismas personas.

Voy á indicar sumariamente las diferencias que pueden existir entre dos acciones, sin impedir la aplicacion de la excepcion.

1) La segunda accion puede tener otro nombre y otra naturaleza que la primera (acciones de especies diferentes).

2) Las partes pueden jugar en el segundo litigio otro papel que en el primero; así, el antiguo demandante puede figurar en él como demandado.

3) El derecho que en la primera accion formaba el objeto principal del litigio puede no figurar en otro proceso sino como condicion del derecho reclamado (como legitimacion de la demanda).

4) El objeto exterior del litigio puede no ser el mismo en ámbas acciones.

5) El objeto jurídico del litigio puede no ser el mismo en las dos acciones.

6) El derecho litigioso puede no tener la misma base en ambas acciones.

De este modo resulta que la identidad de las cuestiones de derecho (*eadem quæstio*) es la única circunstancia decisiva para la aplicacion de la cosa juzgada; y, por tanto, que existiendo esta identidad no hay necesidad de ocuparse de las aparentes diferencias que pueden presentar ambas acciones. Esta doctrina se relaciona extrechamente con la expuesta más arriba que considera los motivos (objetivos) como partes integrantes de la sentencia y como investidos de su autoridad. Estos dos puntos de vista nos aparecen entre los jurisconsultos romanos, refiriéndose á un solo y mismo principio, relacion de dependencia que se encuentra tambien entre los jurisconsultos modernos en el sentido de que con frecuencia se resuelven por ellos igualmente bien ó igualmente mal ambas cuestiones (*i*).

Vuelvo ahora sobre las diferencias arriba enumeradas y se verá que en derecho romano no impide ninguna de ellas la aplicacion de la excepcion.

§ CCXCVII.—*Excepcion de la cosa juzgada.—La misma cuestion de derecho.*

1) Acciones de especies diferentes.

La segunda accion puede llevar otro nombre que la primera, sin que esta diferencia impida nunca la aplicacion de la excepcion.

Encuéntrase esta regla formalmente expresada en uno de los textos arriba citados relativo á las condiciones de nuestra excepcion (§ 296).

L. 7, § 4, de exc. r. j. (XLIV, 2):... «exceptio rei judidatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel *alio genere judicii* (*a*).

(*i*) La misma relacion entre estos dos objetos se encuentra en la práctica y en la teoría del derecho prusiano. V. Koch. Lehrbuch, t. I, § 200.

(*a*) De igual manera. se lee en la L. 5, eod.: «etsi diverso genere actionis.» He hecho ya observar, sin embargo, que este texto no se refiere directamente á la excepcion de la cosa juzgada (§ 296, *b*).

Hé aquí un caso en que aparece la aplicacion de esta regla. Cuando, confiada una cosa á título de prenda de comodato ó de depósito, es deteriorada por su detentador, el propietario tiene para obtener la reparacion del perjuicio, la accion resultante de su contrato ó la accion aquiliana. Pero si es rechazada una de estas acciones por no admitir el juez el hecho del perjuicio, la excepcion de la cosa juzgada se opone á que la otra accion sea ejercitada.

Se encuentran diversas aplicaciones de este principio; pero no son bastante precisas para constituir por sí mismas una confirmacion evidente de nuestra regla. En efecto, cuando se dice simplemente que la segunda accion se encuentra excluida por la primera (*b*), no sabemos si esto quiere decir que ha sido ya obtenida la indemnizacion; lo cual sería entónces una aplicacion de la regla del concurso y no de la excepcion. Otros textos presentan ciertamente la *exceptio rei judicatœ* como motivo de la exclusion, pero ignoramos todavía si esto designa el contenido ó simplemente la existencia de la primera sentencia, es decir, la excepcion en su funcion negativa (*c*).

Por otra parte, tenemos varias decisiones tan claras como precisas respecto á las demás diferencias, principalmente en lo que toca á las diferentes situaciones de las partes y á la legitimacion de la demanda.

Hé aquí una decision igualmente cierta relativa á la *actio jurisjurandi,* de cuya analogía con la excepcion que nos ocupa he hablado ya (§ 295). Cuando es reclamada una indemnizacion en virtud de un mandato, de una *negotiorum gestio*, ó de una sociedad, si el demandado jura que los hechos alegados como base de la demanda son falsos, la excepcion del juramento excluye, no sólo la reproduccion de la accion, sino tambien la *certi condictio* motivada en los hechos negados por el juramento, aunque esta *condictio* fuera fundada. Aquí se dá tambien como condicion de la validez de la excepcion la *eadem quœstio* decidida por el primer proceso (*d*).

(*b*) L. 18, § 1, commod. (XIII, 6): L. 38, § 1, pro soc. (XVII, 2). L. 1, § 21 tutelæ, (XXVIII, 3); L. 4, § 5, quod cum eo, (XIV, 5).

(*c*) L. 4, § 3, de noxal. (IX, 4); L. 25, § 1, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*d*) L. 28, § 4, de jurejur (XII, 2) «Exceptio jurisjurandi non tantum

2) Diferencia de la situacion respectiva de ambas partes en el primero y en el segundo litigio. Nunca impide esta circunstancia la *exceptio* ó la *replicatio rei judicatæ*. Así resulta de las siguientes decisiones que no son susceptibles de ninguna duda.

El demandado que sucumbe en una accion sobre la propiedad é intenta la misma accion contra el antiguo demandante es rechazado por la excepcion, pues la primera sentencia ha pronunciado de una manera irrevocable que no era propietario *(e)*. Lo mismo sucede en la peticion de herencia cuando despues de pronunciada una condena aparecen invertidos los papeles del demandante y demandado en una accion nueva *(f)*. Por último, puede presentarse el mismo caso respecto á la accion hipotecaria, cuando ha sido atribuida en el primer litigio la prioridad al demandante y en su segundo litigio viene el antiguo demandado á reclamar como demandante esta prioridad *(g)*.

Cuando en una cuestion de propiedad sucumbe el demandante por negar el juez dicha propiedad si más tarde este demandante entra en posesion de la cosa y el antiguo demandado ejercita contra él la accion publiciana, puede dicho antiguo demandante (actualmente demandado) invocar á la *exceptio dominii*; pero su excepcion debe ser rechazada por la *replicatio rei judicatæ*, pues la sentencia dictada sobre el primer litigio ha fijado de una manera irrevocable la no existencia de su propiedad *(h)*.

Si á una accion personal se opone la excepcion de compensacion y esta excepcion es rechazada porque declare el juez infundada la reclamacion opuesta á título de compensacion, esta reclamacion puede llegar á ser más tarde el objeto de una demanda principal. Pero esta demanda sería

---

si ea actione quis utatur, cuyus nomine exegit jurisjurandum, opponi debet, sed etiam si alia, *si modo eadem quæstio in hoc judicium deducatur*;» rel. El mismo principio se aplica á la *exceptio pacti*. L. 27, § 8, de pactis (II, 14.)

(e) L. 30, § 1, de exc. r. jud. (XLIV, 2); L. 40, § 2, de proc. (III, 3). V. § 287, *a*.

(f) L. 15, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(g) L. 19. de exc. r. jud. (XLIV, 2): »*eamdem enim quæstionem* revocat in judicium.» Así en esta aplicacion particular emplea Marcelo los términos decisivos que encontramos en los axiomas generales de Ulpiano (§ 296).

(h) L. 24, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

rechazada por la excepcion de la cosa juzgada, pues la ha declarado infundada una sentencia definitiva (*i*).

En los dos últimos casos que acabo de citar podrían suscitarse dudas sobre la validez de la excepcion, no solo porque las partes no juegan el mismo papel en ambos litigios sino porque las acciones que forman su base no llevan el mismo nombre. Pero como esta diferencia no impide la aplicacion de la excepcion, encontramos aquí la confirmacion evidente de la regla expuesta al principio del párrafo.

La generalidad de nuestra regla podría ser puesta en duda á causa de ciertas expresiones de Paulo, tratando del siguiente caso (*k*). El vendedor de la cosa de otro adquiere más tarde la propiedad y la reivindica contra su comprador. Este puede oponer á la accion una *exceptio doli* (ó *rei venditæ et traditæ*). Puede, además, sin recurrir á la excepcion, hacerse indemnizar por medio de la *actio empti*, ó bien reclamar, en virtud de la accion resultante de la estipulacion el doble del precio estipulado, todo lo cual se apoya en reglas de derecho indudables. Pero Paulo añade que el comprador no dejaría de tener estas diversas acciones, aunque sin éxito hubiera hecho uso de la excepcion (etsi..... opposita ea nihilominus edictus sit), es decir, aunque el juez hubiese rechazado la excepcion ó no la hubiese tenido en cuenta.

Nuestra regla se encontraría violada si el juez hubiese decidido que la primera venta, base de la excepcion, no existe. Pero nada indica que el texto de Paulo no sea susceptible de otra interpretacion.

Así, se puede admitir muy bien que el juez por inadvertencia no ha tenido en cuenta la excepcion ó que ha desconocido la regla de derecho sobre que la excepcion descansa y por error no ha considerado la reivindicacion del antiguo vendedor como una violacion fraudulenta de su propio contrato (*l*).

(*i*) L. 8, § 2, de neg. gestis (III, 5); L. 7, § 1, de compens. (XVI, 2); L 1, § 4, de contr. tut. (XXVII, 2). V. § 291, *d*.

(*k*) L. 18, de evict. XXI, 2), comparado con la L. 17, eod.

(*l*) A la verdad es dudosa la leccion del texto, pues sobre las palabras, *vel ex empto*, Haloander pone como nota: «alias desunt.» Pero aun descartando estas palabras, quedaría en pié la dificultad. El hecho de no reconocer el juez el primer contrato de venta hubiera excluido, de igual

§ CCXCVIII.—*Excepcion de la cosa juzgada.—La misma cuestion de derecho.* 3) *Decision sobre la legitimacion de la demanda.*

La diferencia entre los dos litigios puede consistir en que la cuestion de derecho que forma el objeto directo del primer litigio no figure en el segundo sino como condicion necesaria de la reclamacion del demandante. Esta diferencia no impide tampoco la aplicacion de la excepcion (*a*).

Véanse algunos ejemplos propios para facilitar la inteligencia de esta regla. Si el demandante que ha sucumbido en una peticion de herencia reclama más tarde contra el antiguo demandado la propiedad de una cosa dependiente de esta herencia, será rechazado por la excepcion de la cosa juzgada, por más que la cualidad de heredero que le ha sido denegada jurídicamente no sea objeto del segundo litigio, sino la condicion de la propiedad reclamada y, por consiguiente, la legitimacion de la demanda. Lo mismo sucede en el caso inverso. Si este demandante hubiera reclamado primero la propiedad de una cosa como heredero del propietario y el juez le hubiese denegado esta cualidad (como *legitimatio ad causam*), este mismo demandante podría ejercitar contra el antiguo demandado la peticion de herencia, pero esta demanda sería igualmente rechazada por la excepcion de la cosa juzgada (*b*).

Esta regla muy importante para la práctica se refiere evidentemente á la teoría arriba desenvuelta sobre la autoridad de los motivos y con ella ha de caer ó subsistir. Esta teoría ha sido adoptada por los autores contemporáneos que

---

modo que la *actio empti*, la accion de la estipulacion subordinada á este contrato.

(*a*) Hablo aquí solamente de la legitimacion del demandante (la legitimacion activa) que es la única de que á este respecto se ocupan la mayor parte de los autores. Sin duda, podría tambien concebirse el caso de la legitimacion pasiva; pero esta es rara vez objeto de un proceso y más raramente todavía de un proceso, de tal naturaleza, que pueda motivar más tarde la excepcion de la cosa juzgada.

(*b*) En estos dos casos podría preguntarse si la excepcion es aplicable, puesto que se trata de dos acciones que tienen una naturaleza y una denominacion diferente. He tratado ya este punto, § 297, núm. 1.

con razon la refieren al principio de la *eadem quæstio* (*c*). Recienternente un autor ha hecho de ella una aplicacion muy clara y satisfactoria al derecho actual. (*d*).

Pero colocado en el punto de vista que ántes he discutido referente á la autoridad de los motivos, pretende que la regla de la legitimacion de la demanda es extraña al derecho romano (*e*). Como se han suscitado especiosas dudas sobre esta importante cuestion, aparece aquí necesaria una discusion detenida.

Referiré desde luego las decisiones del derecho romano que, en mi sentir, reconocen esta regla de una manera inequívoca; trataré despues de destruir las objeciones especiosas que se han presentado recientemente contra esta interpretacion.

A) Los dos casos de la peticion de herencia y de la accion de la propiedad citados ya como ejemplos, se tratan por Ulpiano en nuestro sentido precisamente y aparecen además directamente relacionados con la *eadem quæstio* sobre la cual versa la decision, judicial.

L. 3, de exc. r. j. (XLIV, 2): «Julianus, lib. 3, Dig. respondit, exceptionem rei judicatæ obstare quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur: *et ideo, etsi singulis rebus petitis hereditatem petat, vel contra, exceptione summovebitur*» (*f*).

L. § 4 eod: «Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem

---

(*c*) Keller, p. 272-275.
(*d*) Buchka, t. II, p. 187-190.
(*e*) Buchka, t. I, p 299-301. V. § 293, *l*.
(*f*) Sería gran error creer que en los dos casos de que habla este texto y el siguiente, haya sido ejercitada la *hereditatis petitio*, una vez para reclamar la sucesion entera, otra vez para reclamar uno de los bienes de la sucesion. Las expresiones *singulas res petere* y *singularum rerum petitio* designan especialmente la accion de propiedad, y por consiguiente, equivalen á *specialis in rem actio*. V. § 2, J., de off. jud. (IV, 17); L. 1, pr., § 1, de rei vind. (VI, 1). De otro modo, estos casos no podrían servir de ejemplos explicativos de las palabras *vel alio genere judicii*, como deben serlo en el segundo texto. Por lo demás, es preciso sobreentender en estos dos textos que la accion de propiedad estaba fundada sobre el pretendido derecho de suceder al antiguo propietario. Ulpiano no lo dice, pero lo indica con demasiada claridad, por la relacion de la *eadem quæstio*, para que haya lugar á la más mínima duda sobre este punto.

quæstio revocatur, vel alio genere judicii. Et *ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.*»

B) Hé aquí ahora un caso del todo semejante. Se reclama una deuda por el pretendido heredero del primitivo acreedor; el juez rechaza la demanda denegando al demandante la cualidad de heredero y despues ejercita éste contra la misma persona la peticion de herencia; lo mismo sucede cuando la peticion de herencia ha sido rechazada primero y la deuda reclamada despues. La excepcion de la cosa juzgada se aplica igualmente en ámbos casos. Ulpiano enlaza directamenté esta decision á la anterior, esto es, la relativa á la accion de propiedad; la paridad entre ámbas decisiones es, por tanto, evidente *(g)*. Unicamente Ulpiano añade en el asunto de la herencia el motivo siguiente: nam cum hereditatem peto, et corpora, et actiones omnes, quæ in hereditate sunt, videntur *in petitionem deduci*. Con esta frase tiene presente Ulpiano el principio de la consumacion del procedimiento, es decir, la funcion negativa de la excepcion. Buchka concluye de aquí que Ulpiano aplica solamente este principio, y no como yo pretendo, la autoridad de la cosa juzgada referente á la legitimacion de la demanda y añade que de otro modo habría confundido dos principios por completo diferentes (*h*). Pero Buchka desconoce enteramente el estado real de las cosas. En tiempo de Ulpiano las dos formas de la excepcion existían coetáneamente; pero en los casos raros en que su aplicacion daba lugar á un conflicto, la forma nueva y más perfecta obtenía la preferencia (§ 282). Ahora bien, Ulpiano menciona primeramente el caso relativo á la accion de la propiedad y justifica perfectamente su decision por el principio de la funcion positiva (*eadem quæstio)*. Habla despues de la deuda reclamada y podía justificar, de igual modo, la decision dictada sobre este caso. Pero la atribuye al principio de la funcion negativa (la consumacion del procedimiento) que era igualmente aplicable y dá el mismo resultado. Así pues, Ulpiano no ha cometido

(*g*) L. 7, § 5, de exc. r. jud. (XLIV, 2). Este texto se relaciona con los parágrafos precedentes que tratan de la accion de la propiedad, por las palabras siguientes: «*Idem erit probandum*, etsi quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat,» rel.

(*h*) Buchka, t. I, p. 299, 301. V. Apéndice XVI, nota *q*.

ningun error, ni ha incurrido en ninguna inconsecuencia, ni ha confundido en modo alguno los dos principios.

C) Cuando un co-propietario reclama á otro co-propietario la parte de cosa que cree pertenecerle y despues de haber sucumbido en su accion, ejercita contra el antiguo demandado la *actio communi dividundo* respecto á la misma cosa, debe ser rechazada su pretension por la excepcion de la cosa juzgada, pues la última accion implica, como legitimacion activa, la existencia de la co-propiedad denegada por la providencia que se ha dictado respecto á la primera accion. Lo mismo sucede cuando aquel á quien ha negado una sentencia la cualidad de heredero, ejercita contra el antiguo demandado la *actio familiœ herciscundœ*, importando poco para este efecto que la sentencia haya declarado efectivamente que el demandante no era heredero, ó que la cosa reclamada no dependía de la sucesion *(i)*.

Se encuentra á menudo en el procedimiento romano una *exceptio prejudiciales*, por la cual puede el demandado pedir que se suspenda el proceso hasta la decision de otro. Esta excepcion tiene por objeto principalmente impedir que una decision dictada en una cuestion secundaria, acaso sin la detencion que es de desear, implique en virtud de la autoridad de la cosa juzgada, la decision de una cuestion mucho más importante. Luego esta excepcion supone el principio por mí sentado sobre la legitimacion de la demanda *(k)*. Véase, como ejemplo, el caso siguiente: A y B tienen un litigio sobre la propiedad del *fundus Titianus*; pero además, A reclama un derecho de pasaje por la propiedad de B, para llegar á la propiedad litigiosa; B, puede entónces pedir que se suspenda la accion confesoria hasta que se decida sobre la propiedad del *fundus Titianus* y aduce para ello los siguientes motivos: videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, *quam prius probaverim fundum Titianum meum esse (l)*. El único fin, por tanto, de la excepcion

---

(*i*) Se tratan estos diferentes casos en los textos siguientes: L. 8; L. 11. § 3, de exc. r. jud. (XLIV, 2) y L. 25, § 8, fam. herc. (X. 2). Las dificultades que presenta este último texto se resuelven completamente en Keller, p. 364-366.

(*k*) La admision de esta excepcion quedaba, por lo demás, abandonada á la libre apreciacion del juez. V. L. 7, § 1, de her. pet. (V, 3).

(*l*) L. 16, de excpt. (XLIV, 1). El texto siguiente (L. 17, eod,) se re-

es impedir que, con ocasion de la accion confesoria, la cuestion mucho más importante de la propiedad se encuentre decidida, como simple legitimacion de la demanda, é investida de la autoridad de la cosa juzgada. El mismo principio se aplica á los casos mencionados al principio de este párrafo sobre una peticion de herencia que se entabla despues en una reclamacion de propiedad. El demandado hubiera podido reclamar que la peticion de herencia fuese instruida desde luego y juzgada separadamente (*m*). Como no ha usado de esta facultad se encuentra denegada jurídicamente esta facultad al demandado por la decision dictada sobre la legitimacion de la demanda (*n*).

Se ha intentado justificar con textos del derecho romano que la decision dictada sobre la legitimacion de la demanda no tenía autoridad de cosa juzgada. Estas objeciones son especiosas y se trata ahora de refutarlas.

Cuando se funda una demanda de alimentos en el parentesco ó en el patronato y son cuestionados estos hechos por el demandado, ántes de pronunciar sobre los alimentos, el juez debe examinar sumariamente *(summatim)* si el parentesco ó el patronato existe; y se añade expresamente que la decision recaida sobre los alimentos no tiene influencia alguna en un litigio ulterior relativo al parentesco (*o*). Esto significa que si la falta de parentesco es evidente deben rehusarse los alimentos, pero que pueden alguna vez concederse cuando el parentesco es dudoso. Se concluye de

---

fiere en realidad á la *exc, rei jud,* no á la *exc. præjudicii,* de modo que no se relaciona íntimamente con la L. 16. Pero no implica una denegacion y en la intencion de su autor se refiere á la funcion negativa de la excepcion (la consumacion del procedimiento). Aunque, con arreglo al espíritu del derecho justiniáneo, se quisiera aplicar este texto á la funcion positiva, no podria suscitarse la menor duda sobre reglas de derecho bastante fijas, por lo demás. En efecto, la accion confesoria podia ser rechazada porque el juez denegase la existencia de una servidumbre, pero no porque rehusara al demandante el derecho de propiedad. Debe rechazarse la explicacion que da Buchka, I, 303.

(*m*) L. 13, de except. (XLIV, 1), donde se ve que la *exceptio prejudicialis* excluye algunas veces la accion de propiedad, en tanto que no es ejercitada la peticion de herencia.

(*n*) V. los textos arriba trascritos: L. 3; L. 7, § 4, de exc. r. jud. (XLIV, 2). Lo mismo sucede cuando durante el curso de un litigio sobre la propiedad, se deduce una *actio communi dividundo* ó una *condictio* relativa á los frutos; estas demandas pueden ser rechazadas por la *exceptio prejudicialis.* L. 18, de except. (XLIV, 1).

(*o*) L. 3, § 8, 9, 18, de agnosc. (XXV, 3); L. 10, de his qui sui (I, 6).

aquí que los romanos rehusaban la autoridad de la cosa juzgada á la decision sobre la legitimacion de la demanda (*p*). Pero basta para hacer sospechosa la legitimidad de esta conclusion reflexionar que este exámen sumario del juez no podría tener naturalmente influencia alguna sobre un litigio ulterior.

Por lo demás, la naturaleza particular de la demanda de alimentos nos dá el motivo de esta prescripcion excepcional. En efecto, se trata entónces de dar pronta satisfaccion á necesidades imperiosas y de prevenir el mal irreparable que puede entrañar la falta de alimentos. Sin incurrir en arbitrariedad extrema, no se pueden buscar, en una prescripcion semejante, principios generales sobre la legitimacion de la demanda. Debe más bien admitrse que en este caso especial el juez ha querido conceder alimentos, antes de estar plenamente convencido de la existencia del parentesco.

He aquí otra objeccion, pero ménos especiosa, sacada de la prescripcion siguiente del derecho romano. Se sabe que cuando un deudor rehusa obedecer á la sentencia que lo condena, el magistrado procede á la ejecucion, haciendo embargar los bienes del deudor los cuales son vendidos para satisfacer al acreedor (*q*). Ahora, si un tercero interviene y pretende ser propietario de uno de los bienes embargados, esta reclamacion debe ser examinada sumariamente (*summatin*). Si la reclamacion se reconoce con evidencia infundada, se mantiene el embargo; pero si la cuestion aparece dudosa se abandona la cosa litigiosa para embargar otra cuya propiedad no sea contradicha; mas en ningun caso la decision del juez debe tener influencia sobre el proceso relativo á la propiedad (*r*). Esta última disposicion se invoca como prueba de que los Romanos no han atribuido nunca la autoridad de la cosa juzgada á la decision so-

---

(*p*) Buchka, t. I, p. 305.

(*q*) Pignus in causa judicati captum.

(*r*) L. 15, § 4, de re jud. (XLII, 1): «...ipsos qui rem judicatam exsequuntur cognoscere debere de propietate, et si cognoverint ejus fuisse qui condemnatus est, rem judicatam exsequentur. Sed sciendum est, *summatim* eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori præjudicare, si forte dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit qui controversiam movit, non ejus cujus nomine capta est..... Sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti deberi, et capi aliud, si quod est sine controversia.»

bre la legitimacion de la demanda (*s*). Sin embargo, en el caso presente no existía todavía entre las partes juicio verdadero sobre la propiedad de la cosa embargada.

El juez era, desde luego, perfectamente libre para designar los bienes del condenado que quisiera embargar. Si se suscitaba una duda sobre la propiedad de los bienes así designados, podía cambiar la designacion, y la duda bastaba para determinar una resolucion semejante. Pero en ningun caso podía expresar su decision una conviccion adquirida sobre la propiedad ó no propiedad de personas determinadas. Así, pues, no hay aquí ninguna decision dictada sobre una legitimacion de la demanda litigiosa, y de este modo, nada podemos concluir de dicha prescripcion en cuanto á los principios del derecho romano sobre la autoridad de la decision relativa á la legitimacion de la demanda.

Por último, se ha buscado una objecion á mi doctrina en un rescripto del emperador Severo (*t*) que para ser bien comprendido exige algunos datos preliminares. Cuando se suscita en una provincia un proceso sobre una cuestion de estado (la libertad, el parentesco, etc.) el *præses* debe pronunciar en persona y sin *judex*, mientras que todos los demás litigios, principalmente los referentes á la peticion de herencia, se instruyen ante un *judex* nombrado por el *præses*. Pues bien, un ciudadano había muerto dejando un testamento, y el heredero testamentario estaba en posesion de la sucesion. El tutor de un impúbero se presenta pretendiendo que este impúbero es un hijo póstumo del testador y que su nacimiento anula el testamento. Se consulta al emperador, preguntándole si la peticion de herencia puede ser directamente llevada ante un *judex* que tendría que examinar préviamente la cuestion de derecho relativa al nacimiento. El rescripto aprueba este proceder, pues si el *judex* no tiene competencia para pronunciar sobre la relacion de familia, como accion principal (*u*), puede, con ocasion de la peticion

---

(*s*) Buchka, t. I, p. 308.

(*t*) L. 1, C. de ord. cogn. (III, 8). Buchka, t. I, p. 300, 302.

(*u*) Podría creerse que el tutor hubiera debido justificar primero el parentesco por medio de una accion especial deducida ante el *præses* mismo. Pero este hubiera sido un procedimiento inútil, y además no existe accion especial para hacer reconer la agnacion de por una persona extraña á la familia (el heredero testamentario). Bethmann-Holweg, Ver-

de herencia, determinar la relacion de familia (como legitimacion de la demanda), pues los términos de la sentencia no han de referirse nunca más que á la peticion de herencia. Tal es el contenido del texto siguiente:

L. 1, C., de ord. cogn. (III, 8): Adite præsidem provinciæ et ruptum ese testamentum Fabii Præsentis agnatione filii docete: neque enim impedit notionem ejus, quod status quœstio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit (*v*) Pertinet enim ad officium judicis qui de hereditate cognoscit universam incidentem quæstionem, quæ in judicium devocatur, examinare: quoniam non de ex sed de hereditate pronuntiat (*vv*).

Ahora, se dice, puesto que segun las últimas palabras de este texto, el juez no pronuncia sobre la relacion de familia, su decision sobre este punte no tiene la autoridad de la cosa juzgada. Pero aquí hay evidentemente peticion de principios. Nuestro texto habla solamente del contenido literal de la sentencia, que debe estar siempre en relaeion con la accion intentada. Trátase de saber precisamente lo

---

suche, p. 125, pretende que en este caso, por una *exceptio prœjudicii*, podía el demandado obtener una decision particular sobre la cuestion de parentesco, y que únicamente cuando no se ha usado esta facultad es cuando el juez debe pronunciar sobre la peticion de herencia y sobre la agnacion.

(*v*) En estas palabras consiste realmente la dificultad del texto. Los antiguos autores la explicaban diciendo que el *prœses* no tenía capacidad para conocer de una accion de *statu*, y Cuyacio fué el primero de esta opinion (Merill. variant ex Cuj. II, 1). Pero esta afirmacion se encuentra desmentida por varios textos, y de la manera más precisa por la L. 7, C., ne de statu defunct. (VII, 21). La incapacidad no debe referirse al *prœses*, sino al *judex*, nombrado por él para conocer de la peticion de herencia; y acaso este detalle haya sido omitido en el extracto del rescripto destinado á insertarse en el código. Esta suposicion se encuentra confirmada por las palabras que le siguen inmediatamente: Pertinet enim *ad officium judicis* qui de hereditate cognoscit. Esta interpretacion se encuentra ya en Hotomanus, Obs. VI, 6; Cujac., Recit. in Dig.; L. 74, de re jud; L. 5, de her. pet. (Opp. t. VII, p. 165, 220); Giphau. Explan. Codicis; L. 1, de ord. jud. p 152.

(*w*) Hé aquí otro texto, conforme, respecto á los puntos esenciales, con el que acabo de transcribir, L. 3, C. de jud. (III, 1): Quo quæstio status bonorum disceptationi concurrit, nihil prohibet quo magis apud eum puoque qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur. *Alioquin*, quiere decir: si la causa *status* hubiese sido objeto de una accion especial. *Discetatio terminetur* muestra evidentemente que se trata de una decision definitiva é inatacable en el porvenir.

que, independientemente de este contenido *literal*, puede participar en la sentencia de la autoridad de la cosa juzgada. Nuestro texto no resuelve esta cuestion; de modo que sólo puede decirse por los principios generales sobre la autoridad de los motivos y por los textos clarísimos de Ulpiano que cité arriba. Así es efectivamente como ha sido entendido nuestro texto por varios de los mejores intérpretes, los cuales admiten que, figurando la relacion de familia como cuestion incidental en la decision del juez, se encuentra definitivamente fijada por esta decision (*x*).

§ CCXCIX.—*Excepcion de la cosa juzgada.—La misma cuestion de derecho.—Objeto exterior y objeto jurídico de la accion.*

4) Diferencia del objeto exterior en las dos acciones.

Esta diferencia no impide de una manera necesaria la aplicacion de la excepcion, pues, bajo tal respecto, solo se trata de saber si la cuestion de derecho es la misma en ambas acciones. Si, pues, algunos textos del derecho romano parecen decir en términos generales que la excepcion sólo es aplicable cuando las dos acciones tienen un sólo y mismo objeto (*a*), debe entenderse que se tienen en cuenta entónces los casos más ordinarios, que son aquellos en que acciones diferentes se refieren á objetos diferentes. Así la sentencia que deniega la propiedad de una casa no puede servir de excepcion para un pleito relativo á la propiedad de unas tierras.

Pero hay casos numerosos é importantes en que la dife-

(*x*) Cuyacio, l. c., p. 220: «Ceterum si pronuntiatio, hereditatem esse actoris, *tacite etiam videbitur pronuntiatum de ejus libertate*:» Gifanio, l. c., p. 156: «Ut scilicet, dum de principali causa *pronuntiatur, simul et per consequentiam ac tacite de causa etatus dijudicetur, non vero, ut simul, aut etiam separatim de utraque causa nominatum pronuntietur*.»

(*a*) L. 12. 13, de exc. r. jud. (XLIV, 2): «Cum quæritur hæc exceptio noceat, necne, inspiciendum est *an idem corpus sit. Quantitas eadem, idem jus*.» El primero de estos textos es de Paulo, el segundo es de Ulpiano. Se añade, con razon, que la identidad de la cosa no se destruye por los cambios inherentes de su naturaleza; así, no influye en la identidad del rebaño el acrecentamiento ó disminucion de un cierto número de animales. L. 14, pr.; L. 21, § 1, eod.

rencia de los objetos exteriores que constituyen la materia de dos acciones, no impide á la excepcion aplicarse de la primera á la segunda. Esta aplicacion se funda entónces sobre la relacion general del todo á sus partes. En efecto, como cada una de las partes está comprendida en el todo sucede con frecuencia que la decision dictada sobre el todo abraza tambien á cada una de sus partes. Aunque las acciones parezcan entónces tener diferentes objetos no es ménos real la semejanza.

Al formular la cuestion bajo esta forma abstracta he querido solamente mostrar el punto de vista bajo el cual es preciso colocarse para resolverla. Pero el exámen de los casos particulares á que se aplica el principio puede únicamente exclarecerlo y fijar sus verdaderos límites.

A) El caso más importante de esta especie es el de la peticion de herencia que, en virtud de su naturaleza, tiene por objeto la universalidad de un patrimonio, pero que puede ejercitarse á propósito de la posesion accidental que tenga el demandado sobre uno de los bienes que compongan la sucesion. Así, pues, el que reclama como heredero la propiedad de una casa y sucumbe en su demanda, si posteriormente reclama contra el mismo demandado una tierra dependiente de la misma sucesion, encontrará rechazada su demanda por la excepcion de la cosa juzgada, aunque cada una de las dos acciones tenga un objeto exterior del todo diferente. En efecto, la cuestion de derecho versa siempre sobre la cualidad de heredero, de modo que si la primera sentencia niega al demandante esta cualidad, semejante decision obliga al juez llamado á pronunciar sobre la segunda accion (*b*).

La misma cuestion puede presentarse con las complicaciones siguientes, que encontramos mencionadas en un texto del derecho romano (*c*). A y B reclaman la sucesion del difunto C, y cada uno de ellos pretende ser el único he-

---

(*b*) Aquí se supone naturalmente que la primera accion ha sido rechazada por el juez que no ha reconocido al demandante la cualidad de heredero. Si había declarado, por el contrario, que el inmueble no depende de la sucesion ó que no se encuentra en posesion el demandado, esta sentencia no podría servir de excepcion contra una nueva demanda relativa al mismo inmueble.

(*c*) L. 15, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

redero. A posee una casa y B cierta tierra, dependientes ambas de la sucesion. A ejercitó la peticion de herencia respecto á la tierra, y B es condenado. Ahora, cuando B reclama contra A, la casa perteneciente á la sucesion, este le opone la excepcion de la cosa juzgada, pues resulta necesariamente de la primer sentencia que B no es heredero *(d)*.

B) Esta regla encuentra tambien su aplicacion cuando teniendo la demanda por objeto un solo bien, un derecho real ó un crédito, por ejemplo, es rechazada por el juez y renovada más tarde respecto á una parte del mismo bien. La condena pronunciada para el todo es decisiva para sus partes, segun la regla: *in toto et pars continetur* (*e*).

Hago observar, y este es un punto sobre el cual insisto porque ha sido puesto en duda, que esta regla es igualmente verdadera, ora se considere la excepcion bajo el antiguo, ora bajo el nuevo punto de vista, por más que los motivos no sean los mismos (*f*). La regla es verdadera segun el principio de la consumacion del procedimiento, porque la reclamacion de la propiedad de un dominio lleva *in judicium*, no sólo el dominio entero, sino tambien cada una de sus partes y consume toda accion que á ella se refiera. Es verdadera segun el principio de la *eadem quœtio* (la funcion positiva de la excepcion), porque el juez es libre de adjudicar, no sólo la totalidad de la cosa reclamada, sino tambien la parte de esta cosa respecto á la cual encuentre fundada la reclamacion. Si pues, rechaza la demanda, decide implicitamente que el demandante no tiene derecho á ninguna fraccion de la cosa litigiosa (*g*). Luego la accion

---

(*d*) V. § 287, *a*.

(*e*) L. 113, de R. J. (L. 17). Reglas semejantes á las consignadas aquí respecto á la excepcion de la cosa juzgada, se aplican á la *exceptio pacti* y *jurisjurandi*. L. 27, § 8, de pactis, (II, 14); L. 7, de jurej. (XII, 2).

(*f*) V. Wächter, Erörterungen, H., 3, p. 44. Este autor refuta la opinion de Vangerow, que sostiene fundarse esta regla únicamente en la consumacion del procedimiento.

(*g*) V. § 286, 292. Hago observar que este principio es solamente verdadero respecto á los casos en que el juez *podía* conocer tambien de la segunda demanda: en otro caso es inaplicable la excepcion. V. § 286. *d*, *i*. Así, cuando de varias reclamaciones fundadas en el mismo derecho, sólo una de ellas es deducida en justicia, la demanda relativa á las demás no es rechazada necesariamente por la excepcion, pues el juez no podía con-

por la cual se reclamase una de estas fracciones estaría en contradiccion con la sentencia.

La importante regla que acabo de sentar se encuentra desenvuelta de una manera tan completa en un texto de Ulpiano que las diversas aplicaciones de que es susceptible vienen todas á estar en relacion con su contenido.

L. 7, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2): Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatæ nocet: nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est *(h)*. Nec interest utrum in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso: dicendum erit exceptionem obstare. Proinde, etsi proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo quem petii, obstabit exceptio.

Ulpiano nos dice que la regla sobre el todo y sus partes es susceptible de tres clases de aplicacion. 1.ª Cuando se trata de un *corpus* y de sus divisiones reales ó abstractas. Así, el que reclamaba la propiedad de un dominio y era rechazada su accion no podía reclamar despues una parte determinada *(i)* ó una fraccion abstracta de este dominio, como una tercera ó una cuarta parte. 2.ª Cuando se trata de una *quantitas*. Si, pues, ha sido rechazada una reclamacion de cien escudos, no puede ser reproducida por setenta ó por treinta, pues cada una de estas sumas menores está comprendida en la sentencia que rechaza la demanda de cien escudos. 3.ª Cuando se trata de un *jus*. Así, cuando ha sido desechada una demanda relativa al usufructo de una casa, no se la puede reproducir reduciéndola á la mitad de este usufructo.

---

ceder al demandante más de lo que pidiese. De este modo deben explicarse tambien los textos siguientes, los cuales, por tanto, no están en contradiccion con nuestra regla. L. 20; L. 21, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2), L. 46, § 5, de admin. (XXVI, 7); L. 2, C. de jud. (III, 1). Véase Keller, página 549.

(h) Segun estas palabras podría preguntarse si Ulpiano se funda únicamente en esta regla sobre el principio de la consumacion. Pero esta duda se disipa cuando algunas líneas más abajo vemos que se apoya por completo en el principio de la *eadem quæstio*, es decir, que se refiere á la funcion positiva. V. § 296, *a*.

(i) Esta parte del texto se encuentra tambien confirmada por la L. 26, § 1, eod.

De igual manera, tambien, la denegacion de una peticion de herencia excluye toda demanda que tenga por objeto una parte abstracta de la misma herencia (*k*).

Esta relacion del todo á sus partes se aplica igualmente cuando, habiendo sido rechazada una accion relativa á una agregacion de cosas, se reclaman posteriormente algunas de las cosas que componen la agregacion. Se puede citar como ejemplo el caso en que habiendo sido dos cosas juntas reivindicadas y rechazada la accion, se reivindica despues una sola de estas dos cosas (*l*), y aquel en que se reclaman algunos de los animales pertenecientes á un rebaño, despues de haber sucumbido en una accion relativa á la propiedad de este rebaño (*m*).

C) Supongamos, ahora, el caso inverso, aquel en que se reclama el todo despues que ha sido rechazada la accion referente á una de sus partes; esta segunda accion ¿será igualmente rechazada por la excepcion? Esta cuestion se resuelve por los unos siempre afirmativamente (*n*), por los otros siempre negativamente (*o*), pero uno y otro extremo son igualmente erróneos. En este punto no tenemos un principio tan absoluto como el caso inverso y en cada hecho debemos investigar si la segunda accion versa sobre la misma cuestion de derecho que la primera, pues esta es siempre la circunstancia decisiva. Cuando se ha reclamado, por ejemplo, un pedazo de tierra que forma parte de un fundo y ha sido rechazada esta accion, esto no impide reclamar despues otro pedazo de tierra dependiente del mismo dominio, pues estas dos porciones pueden ser consideradas como dos propiedades distintas. Si, pues, se reclama

---

(*k*) Así, el que ha sucumbido en una demanda sobre la mitad de una sucesion no puede ya reclamar la sexta parte. L. 30, pr., de exc. r. jud. (VLIV, 2). Donelo (XXII, 5, § 10), propone que se lea *sextantem* en lugar de *sextantis*; pero esta correccion parece inútil, porque las palabras del texto pueden tambien explicarse por: pars sextantis, es decir, quœ in sextante consistit. Por lo demás, volveré más adelante sobre este texto (§ 300).

(*l*) L. 7., pr.: L. 21, § 1, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*m*) L. 21, § 1, de exc. r. jud. (XLIV, 2). Como en estos dos casos la primera accion comprendia ya todas las partes de la cosa, difieren dichos casos de los que se han mencionado en la nota *g*. No hay, pues, ninguna contradiccion sobre estos textos.

(*n*) Faber in Cod., lib. 7. tit. 19. def. 5, principalmente, nota 16.

(*o*) Toullier, t. X, § 153, 155, 156.

por una accion nueva el dominio entero, la excepcion de la cosa juzgada existe, respecto á la porcion que designa la primera sentencia, pero no respecto á las demás porciones del dominio. Cuando ha sido denegada una accion confesoria de *altius non tollendi*, por diez piés, y posteriormente se reclama este derecho, en virtud de una accion nueva, por veinte piés, este derecho es rechazado por la excepcion de la cosa juzgada, pues esta servidumbre no podía existir sin la servidumbre más restringida denegada por la sentencia *(p)*.

D) Las cuestiones siguientes tienen analogía con la relacion que existe sobre el todo y sus partes.

Cuando ha sido rechazada una demanda de intereses y más tarde se reclaman otros intereses sobre el capital, trátase de saber si la excepcion de la cosa juzgada descansa sobre esta segunda accion. La misma cuestion puede presentarse cuando se refiriese la primera demanda á los atrasos de una renta y la segunda á otros atrasos ó al título mismo de esta renta.

Aquí tambien se trata sólo de saber si las dos acciones tienen por base la misma cuestion de derecho. Si, pues, ha sido rechazada la primera accion por haber reconocido el juez que no se debía el capital ó que no se había constituido renta, la segunda accion es rechazada por la excepcion. Otra cosa sería si la absolucion de la demanda hubiese sido motivada por el pago de los intereses vencidos ó por la compensacion de los atrasos.

Lo mismo es cuando el demandado ha sido condenado á pagar los intereses de un crédito ó los atrasos de una renta, despues de haber discutido el derecho del demandante al capital ó á la renta; este derecho se encuentra investido, por la condena, de la autoridad de la cosa juzgada *(q)*.

No tenemos sobre este punto ninguna decision del derecho romano y los textos que se acostumbran citar son extraños á la materia *(r)*.

(p) L. 26, pr. de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(q) Aquí, de igual modo, Buchka resuelve bien la cuestion en cuanto al derecho actual; pero respecto al derecho romano la resuelve equivocadamente en sentido inverso. T. I, p. 307, 308; T. II, p. 184, 191. En el § 224, notas *n* y *r* he señalado ya algunas decisiones erróneas de los tribunales prusianos sobre esta cuestion.

(r) La L. 53 de exc. r. jud. (XLIV, 2) no habla del caso en que ha sido

5) **Diferencia del objeto jurídico de las dos acciones.**

Esta diferencia no impide tampoco que se aplique la excepcion. Así, cuando en virtud de la *condictio furtiva* se reclama la indemnizacion de un robo, si el juez rechaza la accion, porque niega el hecho del robo, no se puede perseguir por la *furti actio* el castigo del mismo robo. Lo mismo sería en el caso inverso; cuando hubiera sido primero ejercitada y rechazada la *actio furti*. Sin embargo, el objeto jurídico de cada una de las acciones, la indemnizacion y la pena, es perfectamente distinto, y el demandante que prospera en la primera accion puede siempre ejercitar la segunda, sin que se le pueda oponer el principio del concurso (*s*). Esta segunda accion no es tampoco ciertamente excluida por el principio de la consumacion del procedimiento. Pero es evidente que las dos acciones descansan sobre la misma cuestion de derecho; si, pues, el juez llamado á conocer de la primera accion niega la existencia del robo, esta denegacion excluye la segunda accion, pues ámbas tienen por condicion igualmente el hecho de un robo cometido (*t*). No tenemos sobre este punto ningun testimonio positivo. Pero esta decision es una consecuencia necesaria del principio general: lo vemos, además, aplicado formalmente á la *exceptio jurisjurandi* (*u*), cuya afinidad con la excepcion de la cosa juzgada he mostrado más arriba (§ 295).

§ CCC.—*Excepcion de la cosa juzgada.—La misma cuestion de derecho.—Diferencia del orígen de la accion.*

6) Por último, el derecho reclamado por las dos acciones puede tener un orígen diferente (*origo actionis*). En ge-

---

rechazada la demanda de intereses, es decir, que no trata de la excepcion en su funcion positiva; esta ley niega solamente que la accion principal se consuma por la simple demanda de intereses. Esto resultaba ya del solo hecho de constituir el capital y los intereses dos obligaciones con dos acciones enteramente distintas (V. § 126, 160). Keller, p. 535. La L, 4, C. depos. (IV, 34), se aplica, en derecho antiguo, á la consumacion de una accion individual, en derecho nuevo, á la denegacion tácita de los intereses moratorios no probados, puesto que el juez tenía siempre una entera latitud para pronunciar sobre este punto.

(*s*) V. t. IV, § 234, *a*.

(*t*) Keller, p. 281. Buchka, t. I, p. 131, expresa una opinion diferente.

(*u*) L. 13, § 2, de jurej. (XII, 2).

neral, esta diferencia no impide tampoco la aplicacion de la excepcion.

El derecho romano tiene sobre esta cuestion reglas demasiado claras y precisas para que presenten grandes dificultades; pero estas reglas experimentan una excepcion que ha suscitado controversias demasiado numerosas. Sobre este punto se distinguen, en principio, las acciones personales y las acciones *in rem*. Respecto á las primeras, el orígen de la obligacion es lo que le da una naturaleza individual. Respecto á la propiedad y á la herencia, trátase únicamente de la naturaleza del derecho y de su objeto; y el derecho es uno y permanece siempre el mismo, cualquiera que sea su orígen. Así, el que reclama una casa en virtud de un contrato de venta y sucumbe en su demanda, puede despues reclamar la misma casa en virtud de un legado. sin que pueda ser combatido por la excepcion de la cosa juzgada, porque cada una de estas acciones se funda en una obligacion enteramente distinta y se refiere á una cuestion de derecho especial. Por el contrario, el que reclama la propiedad de una casa, fundándose en haberla adquirido por tradicion, y sucumbe en su demanda, no puede reclamarla de nuevo alegando la usucapion como título de su propiedad. En efecto, en ámbas acciones la cuestion de derecho que hay que resolver es la existencia de la propiedad; los diferentes títulos de adquisicion no son más que medios propuestos por el demandante para convencer al juez de la realidad de su derecho y la eleccion de nuevos medios (*mutata opinio*) no establece ninguna diferencia entre las dos acciones. De igual manera, el que reclama una sucesion como heredero testamentario y sucumbe en su demanda, no puede despues reclamar la misma sucesion, pretendiendo ser heredero abintestato.

La regla que establece esta distincion aparece con tanta precision como claridad en los textos siguientes *(a)*.

L. 14, § 2, de exc. r. jud. (XLIV, 2). (Paulo):

«Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt; quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singu-

---

(a) Textos paralelos: L. 159, de R. J. (L. 71); L. 3, § 4, de adqu. vel am. poss. (XLI, 2). Keller, § 35, ha tratado perfectamente esta cuestion.

las obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago, non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione apprehenduntur: neque enim amplius quam semel res mea esse potest: sæpius autem deberi potest.»

L. 11, § 5, eod. (Ulpiano):

«Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Utputa opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere: mutavit opinionem, et cepit putare ex causa donationis: hæc res non parit petitionem novam: nam qualecumque et undecumque dominium adquisitum habuit vindicatione prima in judicium deduxit.»

Tenemos ahora que examinar más de cerca las dos partes de esta regla, en su aplicacion á diferentes casos.

Hé aquí algunas aplicaciones de la regla relativa á las acciones personales. Aquel á quien se debe un determinado esclavo en virtud de una estipulacion y además en virtud de un legado, posee dos derechos distintos é independientes uno de otro. En su virtud, si la accion por la cual reclama uno de estos derechos es rechazada, la excepcion de la cosa juzgada no excluye de modo alguno la accion fundada sobre el otro derecho *(b)*. Por la misma razon, el que reclama cien escudos en virtud de un préstamo y es vencido en su demanda, puede despues reclamar estos mismos cien escudos en virtud de un fideicomiso *(c)*.

Neracio expresa en los siguientes términos la regla relativa á las acciones personales: la semejanza ó la diferencia de dos acciones descansan en la causa *próxima* actionis *(d)*. La aplicacion que sigue nos muestra las consecuencias de este principio. Cuando es acusado el que lleva un caballo en arrendamiento de haberlo deteriorado, el propietario del caballo tiene dos acciones, una resultante del contrato de arrendamiento, otra nacida del perjuicio causado á su propiedad (*a. L. Aquiliæ*). Parece, pues, que

---

(*b*) L. 18, de obl. et act. (XLIV, 7): Gayo, IV, § 55.

(*c*) L. 93, § 1, de leg. 3, (XXXII, un.); L. 28, § 13, 14, de lib. leg. (XXXIV, 3).

(*d*) L. 27, de exc. r. jud. (XLIX, 2). No considero exacta la explicacion que de esta frase da Puchta, Rhein Museum, II, p. 252, 253.

la denegacion de una de estas acciones no implica la exclusion de la otra, puesto que su orígen es diferente. Pero la causa *proxima* actionis es el perjuicio sufrido. Si, pues, una sentencia decide que no existe tal perjuicio, esta denegacion es decisiva para la segunda accion. Así, para reconocer si la excepcion es aplicable se trata siempre de saber si las dos acciones versan sobre la misma cuestion de derecho.

El siguiente caso de que habla Ulpiano ha suscitado dudas infundadas sobre la generalidad de esta regla. Un esclavo había recibido de su señor dos mandatos diferentes: debía regir un comercio de aceite y realizar ciertos empréstitos. Un prestamista le había suministrado dinero, creyendo, por error, que este dinero se destinaba al comercio de aceites; y, bajo este fundamento, había ejercitado contra el señor la *institoria actio*. Habiendo sido rechazada su demanda, quiere ejercitar una accion nueva, motivada en que el esclavo tenía igualmente mandato de realizar empréstitos. Rigurosamente hablando, dice Ulpiano, se encuentra consumada la accion; sin embargo, segun la opinion (más justa) de Juliano, debe concedérsele una *utilis actio* (*e*). El principio de la consumacion debía hacer admitir la excepcion, puesto que, en la forma, la segunda accion era la reproduccion de la primera. Pero segun la trasformacion de la *exceptio rei judicatœ*, esto es, segun el principio de la *eadem quœstio*, la excepcion debía ser rechazada, porque el primer juez sólo había declarado que el dinero no había sido aplicado al comercio de aceites, y esta declaracion nada tiene de contradictoria con la alegacion del demante de que el esclavo había recibido el mandato general de contraer empréstitos. Este texto es, pues, de aquellos en que vemos preferida á la antigua la forma nueva de la *exceptio rei judicatœ*, cuando se encuentran en contradiccion (*f*).

La regla de las acciones *in rem* es, que á pesar de la diferencia de orígen del derecho reclamado por el demante en

---

(*e*) L. 13, pr., de instit. act. (XIV, 3).

(*f*) Keller, p. 580; Kierulff, p. 263. V. § 282. En este caso la *exceptio rei judicatœ* era combatida por una *doli replicatio*, y de este modo, la accion del demandante contenía un resultado favorable («*utilem* ei actionem competere ait»).

ambas acciones, la excepcion de la cosa juzgada se aplica á la segunda. Es verdad que los textos más arriba transcritos no hablan más que de la accion de la propiedad y de los medios de adquirirla; pero el primero de estos textos extiende la regla á todas las *actiones in rem* y no es dudoso que el contenido de estos textos se aplica á la peticion de herencia, de igual manera que á la accion de propiedad. Esto se encuentra confirmado en un texto de Paulo que ha dado lugar á más de un error (*g*). Un testador había instituido heredero por una sexta parte á uno de sus parientes el cual hubiese obtenido la mitad de la sucesion como heredero abintestato. Este ataca el testamento y como tal heredero abintestato reclama la mitad de la sucesion contra un poseedor igualmente instituido heredero por el testamento; sucumbe en su demanda, y más tarde, como heredero testamentario, reclama contra el mismo poseedor la sexta parte que le atribuye el testamento. Paulo dice que esta segunda accion es rechazada por la excepcion de la cosa juzgada, lo cual nos prueba que la excepcion se aplica á la peticion de herencia aunque la primera accion se fundase en el parentesco y la segunda en el testamento.

Equivocadamente trata de referirse á nuestra regla un texto de Ulpiano cuyo verdadero sentido voy á restablecer, pues más de un error grave se debe á su falsa interpretacion (*h*). Había muerto un individuo dejando un testamento hecho para sí mismo y otro testamento pupilar para su hijo impúbero. Este hijo muere poco despues, y su madre, como heredera abintesto, ataca al poseedor de la sucesion en virtud del senado-consulto Tertuliano, pretendiendo que el testamento de su marido ha sido roto, por cuya misma razon se encuentra anulado el testamento pupilar de su hijo.

Se reconoce como inexacta esta alegacion y la accion es rechazada. Pero al abrirse el testamento pupilar resulta que no se encuentra sustituido ningun heredero, y la madre ataca de nuevo al mismo poseedor como heredera abintes-

---

(*g*) L. 30, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2). V. Keller, p. 288, 289. He hablado ya de este texto tratando de otro asunto, § 299, *k*.

(*h*) L. 11, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2); Keller, p. 290, 580; Puchta, Rhein, Museum, II, p. 254; III, p. 483; Kierulff, p. 261, 262, han hablado de este texto.

tato. Neracio dice que esta accion es rechazada por la excepcion de la cosa juzgada; Ulpiano reconoce que esto es indudable; indica, sin embargo, un expediente y las últimas palabras del texto que á él se refieren constituyen la parte más importante. Pero ántes de citarlas voy á tratar de fijar bien el estado del proceso. Se cree comunmente que la madre ha reclamado dos veces la sucesion pero con dos títulos diferentes, caso que corresponderia á la regla anteriormente desenvuelta. Pero esto es evidentemente inexacto: la primera como la segunda accion no eran más que una sola *hereditatis intestati petitio*, si bien justifica la de distinto modo *(i)*. El primer proceso había sido mal conducido y mal juzgado. La demandante tenía un derecho incontestable en sí mismo á la sucesion abintestato y su demanda no debía haberse rechazado ántes de abrirse el testamento pupilar (*k*). Vengamos á las últimas palabras del texto, donde Ulpiano indica un expediente para resolver la dificultad: *sed ex causas succurrendum erit ei quæ unam tantum causam egit rupti testamenti*. Hé aqui el sentido que se dá ordinariamente á este pasaje. Sería duro é injusto castigar á la demandante por haber entablado mal su primer litigio; debe, pues, obtener restitucion contra la excepcion de la cosa juzgada, y existe una tendencia natural á extender semejante restitucion á todos casos en que la excepcion de la cosa juzgada causa al demandante un perjuicio grave. Esta doctrina puede parecer indulgente y equitativa, pero es preciso reconocer que tiene por resultado anular el principio de la autoridad de la cosa juzgada y el bien que esta realiza, la fijeza de las relaciones de derecho. En efecto, todo quedaría abandonado al arbitrio del juez, y no es creible que Ulpiano, el cual, entre todos los jurisconsultos de Roma, es el que ha deducido mejor las consecuencias de este principio, haya

---

(*i*) Las últimas palabras del texto: quæ unam tamtum causam egit rupti testamenti, nada tienen de decisivas para ninguna de estas dos interpretaciones, igualmente admisibles, por sí, puesto que pueden aplicarse de igual modo á diversos recursos jurídicos y á diversas acciones. No hay ciertamente una *actio rupti testamenti*, sino una *hereditatis petitio*, en apoyo de la cual puede alegar el demandante, entre otros motivos, un testamento *ruptum*.

(*k*) L. 1, § 1. testam. quemadm. aper. (XXIX, 3); L. 6, de transact. (II, 15).

querido alterarlo por algunas palabras dichas incidentalmente.

Véase ahora una explicacion histórica enteramente natural. En tiempo de Ulpiano las mujeres estaban en general autorizadas á pedir la restitucion, cuando su ignorancia de derecho les causase un perjuicio, principalmente, cuando el perjuicio resultaba de un acto ó de una omision relativa al modo de conducir un pleito (*l*). Ahora bien, se ha visto que la mujer á que el texto se refiere había sucumbido en su primera demanda por consecuencia de su ignorancia del derecho. Acaso Ulpiano haya dicho expresamente que la mujer debía obtener la restitucion á causa de su sexo y los compiladores hayan omitido este motivo en vista de la abolicion del privilégio (*m*). Sin duda que esta explicacion histórica es inaplicable á nuestro texto, considerado como parte integrante del derecho justinianeo: mas, por otra parte, no tiene importancia y peligro sino por los poderes ilimitados que ciertos intérpretes atribuyen al juez, fundándose en las palabras *ex causa*. Estas palabras podrían tambien explicarse de una manera más sencilla todavía: si existe una causa válida de restitucion, tal como la menor edad, el fraude, etc. Así entendida, la frase incidental de Ulpiano no expresa más que una verdad muy conocida y nada tiene de peligrosa.

He expuesto hasta aquí tanto las reglas que rigen las acciones personales como las acciones *in rem*. Pero existen respecto á estas últimas, dos casos importantes donde la diferencia de orígen ocasiona la misma exclusion que si se tratara de una accion personal; me refiero á la *causa superveniens* y á la *causa adjecta* ó *expressa*.

A) *Causa superveniens*.

Cuando ha sido rechazada la accion de propiedad por decidir el juez que no pertenece al demandante, no puede éste reproducir su accion, segun la regla arriba expuesta,

---

(*l*) V. t. II, p. 419 (n.° XIX) y 441 (n.° XXIX) sig.

(*m*) Acaso Ulpiano habia escrito: sed *sexus* causa sucurrendum erit ei, de igual manera que leemos en la L. 2, § 7, de jure fisci (XLIX. 14): si ea persona sit quæ innorare propter rusticitatem, *vel propter sexum femeninum*; jus suum possit. El cambio de, *sexus* causa en, *ex* causa, se explicaria entónces naturalmente.

aunque asignara á su propiedad un orígen distinto del que ha sido denegado por la sentencia; pero, por excepcion, se le permite intentar una accion nueva, si el orígen que atribuye á su derecho de propiedad es de una fecha posterior al fin del primer litigio (*n*).

Sucede lo mismo cuando, habiendo sido rechazada la accion únicamente por no poseer el demandado, pretende el demandante que despues de terminado el litigio ha adquirido aquél la posesion (*o*).

Rechazada una peticion de herencia por haber denegado el juez al demandante la cualidad de heredero, si éste renueva su demanda fundándose en un derecho de sucesion posteriormente abierto, la excepcion de la cosa juzgada no excluye esta segunda accion (*p*).

Esta excepcion descansa en la regla arriba expuesta de que una sentencia no pretende ni puede jamás decidir sino respecto á la época en que se ha dictado (§ 292, *k*, *l*). Todas las modificaciones que las relaciones de derecho pueden experimentar posteriormente están fuera de su dominio; no ejerce, pues, influencia alguna sobre la accion que tenga por objeto una de estas modificaciones.

Semejante principio es tan general y absoluto que debería aplicarse no sólo á las acciones *in rem*, sino tambien á las acciones personales. En cuanto á estas últimas, rara vez se hace sentir esta necesidad, puesto que la regla inversa que las rige hace inútil la excepcion. Existen, sin embargo, ciertos casos en que resulta necesaria y entónces no experimenta dificultad alguna su aplicacion. Cuando, por ejemplo, se reclama la ejecucion de un contrato condicional ántes del cumplimento de la condicion, se rechaza la demanda; pero una vez cumplida dicha condicion, puede la

---

(*n*) L. 11, § 4, 5, de exc. r. jud. (XLIV, 2). De igual modo, cuando en un proceso sobre la libertad ha sido declarado libre el esclavo y posteriormente es adquirida la propiedad de este esclavo, en vírtud de sucesion ó de otro modo, por su antiguo adversario, no puede serle opuesta la excepcion. L. 42, de lib. causa (XL, 12).

(*o*) L. 17, de exc. r. jud. (XLIV, 2). Es preciso decir otro tanto cuando una peticion de herencia ó una *actio ad exhibendum* es rechazada únicamente á causa de la falta de posesion. L. 9, pr.; L. 18, eod.; L. pr., ratam rem (XLVI, 8).

(*p*) L. 25, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2).

accion reproducirse, sin que le sirva de obstáculo alguno la excepcion de la cosa juzgada (*q*).

B) *Causa adjecta ó expressa.*

El objeto de esta excepcion es permitir al demandante referir exclusivamente su accion á un orígen determinado (la usucapion, por ejemplo, si se trata de la propiedad; el testamento, si se trata de una sucesion). Esta restriccion le es á la vez perjudicial y favorable: perjudicial, porque durante el curso del litigio no puede invocar en apoyo de su derecho otra clase de prueba; favorable, porque la denegacion de su accion no le impide intentar una nueva, fundada en otro motivo (*r*).

Esta excepcion reduce de este modo la aplicacion de la regla al caso en que la primera accion ha sido ejercitada de una manera general, sin expecificar el orígen de la propiedad ó del derecho de sucesion.

La excepcion que nos ocupa ha sido recientemente objeto de numerosas controversias, pero como su exposicion excedería de los limites asignados á esta parte de nuestro propósito, remito la discusion de este asunto al apéndice XVII.

§ CCCI. *Excepcion de la cosa juzgada.—Condiciones.— Las mismas personas.*

La segunda condicion exigida para la aplicacion de la excepcion de la cosa juzgada es la identidad subjetiva de dos acciones (§ 296), es decir, que el segundo litigio debe tener lugar entre las mismas personas que figuran como partes en el primer litigio (*a*). La ausencia de esta condi-

---

(*q*) L. 43, § 9. de ædil. ed. (XXI, 1). Lo mismo sucede en el caso de una deuda condicional, cuando la accion hipotecaria, no la accion principal, ha sido intentada y rechazada. L. 13, § 5, de pig. (XX, 1). Igual al anterior es el caso en que la accion personal no ha sido combatida más que por una excepcion, cuyo motivo viene á cesar despues. L. 2, de exc. r. jud. (XLIV. 2); L. 15, de obl. et act. (XLIV, 7).

(*r*) L. 11, § 2; L. 14, § 2. de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*a*) L. 3; L. 7, § 4. de exc. r. jud. (XLIV, 2): «inter easdem personas» (ley transcrita más arriba, § 293). L. 1, eod.; L. 63, de r. jud. (XLII, 1); L. 12, de jurej. (XII, 2); L. 1, C., inter al acta (VII, 60); L. 2, C., de exc. (VIII, 36). Sobre esta materia en general, V. Keller, § 44, 45.

cion hace la excepcion inaplicable, de modo que en ningun proceso puede ser invocada la autoridad de la cosa juzgada en pro ni en contra de un tercero (*b*).

Esta regla tiene importancia principalmente respecto á las acciones *in rem*. La propiedad y el derecho de sucesion atribuyen al titular un derecho exclusivo que puede oponerse contra todos; podrá creerse que la cualidad de propietario ó de heredero reconocida ó denegada por una decision judicial tiene la misma generalidad y una eficacia tan absoluta. Sin embargo, no sucede así. La esencia de la autoridad de la cosa juzgada consiste en la ficcion de verdad atribuida á la sentencia pronunciada (§ 280). En virtud de esta ficcion, la parte que obtiene la victoria adquiere un derecho contra la parte que sucumbe; pero este derecho tiene enteramente la naturaleza de una obligacion y, por consiguiente, no puede ser opuesto á las personas extrañas que reclamasen la misma propiedad ó la misma sucesion (*c*). Siendo el objeto de las acciones personales una relacion de derecho entre dos personas determinadas, estas acciones pueden rara vez dar lugar á una duda de semejante naturaleza: por eso esta regla tiene respecto á ellas ménos importancia y existen ménos casos en que encuentre aplicacion. Así, cuando muere un acreedor ó un deudor dejando varios herederos, el crédito ó la deuda resulta dividido entre todos ellos, y cada una de estas partes puede ser objeto de un litigio especial entablado con cada uno de sus contrarios. La sentencia dictada en cada uno de estos litigios no ejerce ninguna influencia sobre la parte referente á los demás herederos, por más que la relacion de derecho forme en su orígen un solo objeto y que, en general, los motivos de la decision sean los mismos para sus diversas partes (*d*). Si se aplicase aquí en todo su rigor la regla que

---

(*b*) L. 2, C., quib. res jud. (VII, 50): «Res inter alios judicatæ neque emolumentum afferre his qui judicio no interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare.»

(*c*) L. 63, de re jud. (XLII, 1): «...Diversa causa est si Qundum a te Titius petierit quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico. Nam quamvis contra Titium, me sciente, judicatum sit, nullum tamem præjudicium patior: quia neque ex eo jure quo Titius victus est vindico, neque potui Titio intercedere quoninus jure suo utatur.»

(*d*) L. 22, de excr. r. jud. (XLIV, 2): «Si cum uno herede depositi actum sit, tamem et cum ceteris heredibus recte agetur, nec exceptio rei

acabo de exponer se encontraría singularmente restringido el uso de la excepcion. Su importancia práctica respecta, pues, á ciertas extensiones que se trata ahora de exponer:

Estas extensiones son de dos especies. La mayor parte y la más importante de ellas descansa sobre la aplicacion del principio general ántes expuesto, el principio de la sucesion, se las puede llamar naturales. Otras se fundan en prescripciones especiales motivadas por necesidades particulares de ciertas instituciones. Llamaré á estas extensiones positivas.

I. Extensiones naturales.

La excepcion de la cosa juzgada puede ser opuesta no sólo á las partes mismas sino á los sucesores de las partes (*e*).

A) Este principio se aplica igualmente al derecho de la parte victoriosa, como á la obligacion de la parte que sucumbe.

B) Se aplica á las sucesiones á título universal, de igual modo que á las sucesiones á título singular (*f*).

En lo que toca á las sucesiones universales y principalmente á los herederos directos de las partes, está implicado el principio, de tal manera, que no se hace ordinariamente mencion especial de él á este respecto. En esta categoría puede colocarse el caso en que un hijo sometido al poder paterno sostenga un litigio y adquiera la excepcion de la cosa juzgada. Esta excepcion recae directamente en el padre, como cualquiera otro derecho adquirido por el hijo (*g*).

El derecho que confiere la excepcion y las obligaciones que esta impone se trasmiten igualmente á los sucesores á

---

judicatæ eis proderit: nam, etsi eadem quæstio in omnibus judiciis, tamen personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur aliam atque aliam rem facit.» L. 63, de re jud. (XLII, 1); L. 2, C., quib. res jud. (VII, 56).

(*e*) L. 2, C., de exc. (VIII, 36): «...vel successoribus ejus.» El antiguo principio de la consumacion presentaba algunas dificultades respecto á la cuestion de saber las personas que podian llevar una accion *in judicium*, como los *procuratores*, los *cognitores*, etc. A esto se refieren las L. 4; L. 11, § 7; L. 25, § 2, de exc. r. jud. (XLIV, 2). Véase Keller, § 37-44. Semejantes dificultades no existen ya para la excepcion bajo su nueva forma, puesto que se trata únicamente de aplicar los principios generales de la representacion en juicio.

(*f*) V. sobre este punto, t. II, § 103.

(*g*) L. 11, § 8, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

título singular (*h*), principalmente á aquel que en virtud de un contrato de venta queda sustituido á los derechos de una de las partes (*i*). De igual modo, cuando un propietario sostiene un litigio y dá en prenda la cosa litigiosa, el beneficio ó el perjucio resultante de la sentencia pertenece al acreedor detentador de la prenda.

C) Esto es verdad solamente cuando la sucesion es posterior á la sentencia; si esta fuese anterior, la sentencia no tendría eficacia retroactiva para el sucesor (*k*). Así pues, cuando un acreedor cede á un tercero una parte de su crédito y reclama contra su deudor el pago de la otra parte, la sentencia que obtiene no atribuye ningun derecho al cesionario.

II. Restricciones positivas.

Estas constituyen verdaderas excepciones á la regla; extienden los derechos y las obligaciones resultantes de la cosa juzgada á personas que no han figurado en el proceso como partes, ni las representan á título de sucesores (*l*). La relacion práctica de la regla á la excepcion puede resumirse en estos términos: segun la regla la sentencia constituye *jus inter partes*, y por la excepcion, *jus inter omnes*.

Pueden reducirse estas excepciones á un punto de vista comun, diciendo que el tercero á quien de este modo se extienden los efectos de la cosa juzgada, estaba representado por una de las partes (*m*). Pero este punto de vista no es un principio absoluto que sirva para motivar la existencia de todas estas excepciones: quedan siempre casos aislados reconocidos por el derecho positivo; este punto de vista general nos muestra solamente la analogía de los diferentes casos y nos explica la razon de haberlos sometido á una regla excepcional.

He aquí los casos á que se aplica:

(*h*) L. 28, de exc. r. jud. (XLIV, 2): «Exceptio rei judicatæ nocebit ei qui in dominium successit ejus qui judicio expertus est.»

(*i*) L. 9, § 2; L. 11, § 3, 9, de exc. r. jud. (XLIV, 2); L. 25, § 8, fam. herc. (X, 2). V. § 298. *i*.

(*k*) L. 3, § 1, de pign. (XX, 1); L. 29, § 1; L. 11, § 10; de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*l*) V. sobre estas excepciones: Keller, § 46, 47; Brackenhoft, Identität der Rechtsverhältuisse, § 20.

(*m*) A esto se refiere la necesidad de un *justus contradictor*, del que voy á hablar en seguida con motivo de varios casos particulares.

A) Las acciones que tienen por objeto un estado de la persona (*status*), principalmente una relacion del derecho de familia.

Segun una opinion, ántes muy extendida, todas las acciones de esta clase pertenecían al dominio de esta regla; pero en realidad, solamente se aplica á dos casos:

a) Cuando hay litigio sobre la legitimidad de un hijo y sobre el poder paterno que á esta legitimidad se refiere, la sentencia dictada tiene autoridad de cosa juzgada, no sólo para el padre que ha sostenido el pleito, sino tambien para los demás miembros de la familia; especialmente para los hermanos y hermanas del hijo (*n*).

b) Cuando se ha sostenido un litigio sobre el estado de un liberto por el patrono verdadero ó por la única persona que pretende esta cualidad, la sentencia que declara al demandado ingénuo ó emancipado tiene autoridad de cosa juzgada aún respecto á los terceros ó extraños, por ejemplo, tratándose de la validez del matrimonio de esta persona, de su capacidad para entrar en el senado, ó para recoger una sucesion (*o*).

Respecto á cualquiera otra accion de esta especie no recibe ninguna extension la autoridad de la cosa juzgada y sólo tiene efecto entre los litigantes. Así, la sentencia que declara á un esclavo hombre libre ó *ingenuus* á un liberto no impide que un tercero reclame contra estos individuos la cualidad de señor ó de patrono (*p*).

(*n*) L. 1, § 16; L. 2; L. 3, pr. de agnosc. (XXV, 3): «placet enim *ejus rei* judicem *jus facere*. «Estas palabras designan aquí una extension extraordinaria dada á la eficacia de la cosa juzgada: el *jus inter omnes* por oposicion al *jus inter partes*. V. § 282, *e*. No sucede lo mismo en la decision que resulta del juramento; con relacion á procesos ulteriores entre terceros, se dice: «*veritatem* esse quærendam.» L. 3, § 2, 3, de jurej. (XII, 2), palabras que expresan el contraste de res judicata *pro veritate accipitur* (V. la nota siguiente). La autoridad absoluta de la sentencia puede tambien ser opuesta al padre, por ejemplo, cuando este dirige contra un tercero el interdicto de *liberis exhibendis*. L. 1, § 4, de lib. exhib. (XLIII, 30).

(*o*) L. 25, de statu hominum (I, 5): «...res judicata *pro veritate accipitur*.» V. la nota precedente, y ántes § 282, *d*; L. 1, 4, de collus. (XL, 16); L. 27, § 1, de lib. causa (XL, 12); L. 14, de j. patron. (XXXVII, 14). Aquí tampoco tiene el juramento esta eficacia. Otra cosa sucede respecto á la accion penal del patrono resultante de una *in jus vocatio*, porque se encuentra limitada por una relacion personal entre las partes. L. 8, § 1, de in jus voc. (II, 4).

(*p*) L. 42, de lib. causa (XL, 12); L. 1, 5, si ingen. (XL, 14). Como la

Aun en los dos únicos casos en que es aplicable la regla excepcional se exigen las siguientes condiciones: es preciso que el pleito sea sostenido por un *justus contradictor* (*q*); que la sentencia sea dictada contradictoriamente (*r*); en fin, que no haya colusion entre las partes (*s*).

B) Acciones relativas al derecho de sucesion.

En este punto tambien la mayor parte de los casos pertenecen á la regla general.

Así, cuando A ejercita contra B la peticion de herencia y es reconocido ó denegado el derecho de A, esta sentencia no tiene influencia alguna para un litigio entablado entre A y C ó entre B y C (*t*). Lo mismo acontece cuando un heredero testamentario y un legatario litigan sobre la validez del testamento ó del legado y más tarde otro legatario ataca al mismo heredero (*u*).

Hé aquí ahora los casos en que se aplica la regla excepcional.

a) Cuando existe un proceso sobre la validez de un testamento entre el heredero testamentario y el heredero abintestato, la sentencia dictada tiene autoridad de cosa juzgada para todos aquellos que deben sus derechos á este testamento, como legatarios, libertos, etc. Aquí tambien se expresa por *judex jus facit* esta extension de la autoridad de la sentencia, pero implica siempre una sentencia contradic-

---

cualidad de ingénuo ó de emancipado que podía atribuirse provisionalmente, entrañaba grandes perjuicios, se permitia al que pretendiese la cualidad de patrono intervenir en el proceso, y entónces le era comun la sentencia. Tal es el sentido de este pasaje, bastante difícil, de la L. 63, de re jud. (XLII, 1): «...Nam etsi libertus meus, me *interveniente*, servus vel libertus alterius judicetur, mihi præjudicatur.» Sin esta interpretacion, no podrían conciliarse estas palabras con las que inmediatamente le siguen y que he transcrito en la nota *c*. A semejante pensamiento se refieren tambien las palabras *quo ignorantes* de la L. 5, si ingen. (XL, 14). Algunas dificultades se suscitaban, principalmente cuando pretendian varios la co-propiedad del esclavo; dificultades que se trataron de remediar por diversos medios. L. 9, pr., § 1, 2; L. 30, de lib. causa (XL, 12); L. 29, pr., de exc. r. jud. (XLIV, 2).

(*q*) L. 3, de collus. (XL, 16). El sentido de esta condicion ha sido ya explicado en el texto: el proceso debe intentarse por el padre ó por el verdadero patrono, ó por el que se pretende patrono.

(*r*) L. 27, § 1, de lib. causa (XL, 12); Véase L. 24, de dolo (VI, 3).

(*s*) Tit. Dig., de collus (XL, 16).

(*t*) L. 12, de jurej. (XII, 2).

(*u*) L. 1, de exc. r. jud. (XLIV, 2).

ria y la ausencia de colusion. Los terceros tienen por garantía de sus derechos la facultad de intervenir en el proceso y aun de interponer apelacion de la sentencia que le cause perjuicio (*v*).

Ahora se pregunta si estas prescripciones se aplican á los acreedores de la sucesion. Difieren éstos de los legatarios en que su derecho es independiente de la validez del testamento; pero si ellos no debieran dirigirse más que al que obtiene la victoria en la peticion de herencia, correrían el riesgo de tener un deudor insolvente. Por esto, tienen siempre el derecho, pero no la obligacion, de dirigirse al que declara heredero la sentencia (*w*), pudiendo igualmente reclamar su crédito al que sucumbe, si prueban que es realmente heredero.

b) Si es atacado un testamento como inoficioso y el juez encuentra fundada la demanda, el resultado es completamente distinto al de una peticion de herencia ordinaria. El testamento se considera como válido hasta el dia de la sentencia que lo anula. Entónces se abre la sucesion abintestato ordinaria y la herencia puede ser devuelta á distinta persona de la que ha obtenido la anulacion del testamento. Esta extension de la autoridad de la cosa juzgada se expresa igualmente por las palabras *jus facit judex* y, del mismo modo, solo puede resultar de una sentencia contradictoria (*x*).

c) Acciones sostenidas por fiadores (*y*).

(*v*) L. 3, pr., de pign. (XX, 1); L. 50, § 1, de leg. 1, (XXX, un.): «ejus facit hæc pronuntiatio.» L. 14, de appell. (XLIX, 1): «an jus faciat judex.» L. 12, pr., § 2, C., de pet. her. (III, 31).

(*w*) L. 50, § 1, in f., de leg. 1, (XXX, un.); L. 12, § 1, C., de pet. her. (III, 31).

(*x*) L. 6, § 1, de inoff. (V, 2); L. 8, § 16, eod.; L. 17, § 1, eod.; «jus ex sententia judicis fieri.» No tengo que examinar aquí si esta regla es aplicable todavía al derecho actual. Semejante asunto pertenece á la cuestion más general de saber si los caracteres especiales de la antigua *querela inoficiosi* subsisten todavía, ó si esta accion ha sido modificada esencialmente por la Novela 115. Los partidarios de esta última opinion, que adopto por mi parte, deben rechazar la extension de la autoridad de la cosa juzgada, puesto que se ha sustituido á esta accion una peticion de herencia ordinaria. Sobre la naturaleza de esta accion en el antiguo derecho. Véase tomo I, p. 352-354.

(*y*) L. 63, de re jud. (XLIV, 1). En Keller, p. 68 y sig. se encuentran excelentes observaciones sobre los pasajes difíciles de este texto importante.

El que es llamado directamente á figurar en un proceso como demandante ó como demandado puede haber adquirido su derecho de otro más interesado que él mismo en el éxito del proceso; puede, pues, reclamar su asistencia y puede tambien abandonarle el cuidado de sostener por sí sólo el litigio. En este último caso cesa de ser parte en el proceso, y segun la regla general la sentencia no debía procurarle ninguna ventaja ni causarle ningun perjuicio. Pero aquí la aplicacion de la regla sería evidentemente errónea, pues estaba directamente llamado á sostener el litigio y por su gusto lo ha confiado á otro; debe sufrir, pues, todas las consecuencias de la sentencia, como si hubiese sido parte en el proceso.

El derecho romano para evidenciar la naturaleza de esta excepcion cita tres aplicaciones particulares; pero esto no significa en modo alguno que la excepcion misma esté restringida á estos tres casos (*z*).

a) El primer caso es el de una finca hipotecada que se encuentre en posesion de un tercero, el cual pretenda ser propietario. El acreedor puede ejercitar la accion hipotecaria contra el tercer poseedor y puede tambien dejar á su deudor el cuidado de ejercitar la accion de propiedad contra dicho poseedor, en cuyo caso, la sentencia dictada sobre la cuestion de propiedad decide la de la hipoteca. De igual manera, cuando el acreedor se encuentra en posesion de la cosa hipotecada y un tercero ejercita contra él la accion de propiedad, puede igualmente sostener por sí el litigio ó confiárselo á su deudor (*aa*).

b) El segundo caso es el de un marido que posee una

(*z*) L. 63, de re jud. (XLII, 1): «...Scientibus sententia quæ inter alios data est obest, cum quis de ea res cujus actio vel defensio primum sibi competit sequenti agere patiatur: veluti si creditor experiri passus sit debitorem de propietate pignorís, aut maritus socerum vel uxorem de propietate rei in dotem acceptæ, aut possessor venditorem de propietate rei emptæ: et hæc ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet illa ratio est, quod... qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam præscriptione rei, quamvis inter alios judicatæ, summovetur, *quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.*»

(*aa*) Las palabras: *si creditor experiri passus sit debitorem*, pueden en este caso aplicarse á la posicion del demandante de igual modo que al de la del demandado, y las palabras que preceden indican igualmente esta doble relacion.

finca dotal cuya propiedad es reclamada por un tercero.

El marido puede sostener por sí mismo el litigio como demandado ó dejar este cuidado á quien hubiese constituido la dote (su suegro ó su mujer). Tomando este último partido, acepta todas las consecuencias de la sentencia que sobreviene *(bb)*.

c) El tercer caso es el de un comprador contra el cual viene á reclamar un tercero la propiedad de la cosa que aquel ha comprado y posee. Puede sostener por sí mismo el proceso, como demandado, ó traer el pleito al vendedor que debe garantizarlo contra toda eviccion.

d) Se presenta una dificultad particular cuando se trata de ejercitar una accion *confessoria* ó *negatoria* relativa á un inmueble perteneciente á varios propietarios. Si estos se entienden para sostener el pleito en comun, la dificultad no existe; pero ninguno de los co-propietarios tiene derecho á exigir el concurso de los demás *(cc)*. Por otra parte, sería muy duro exponer al adversario á las consecuencias de un litigio renovado contra cada uno de los co-propietarios. Por esto se han establecido reglas especiales para este caso particular.

s) Cada uno de los co-propietarios puede por sí solo ejercitar la accion *confessoria* por la totalidad de la servidumbre (*in solidum) (dd)* y si el adversario es condenado, la sentencia aprovecha á todos los co-propietarios (*ee*).

2) Una consecuencia necesaria de este principio es que la absolucion pronunciada por la sentencia tenga tambien autoridad de cosa juzgada contra todos los co-propietarios (*ff*).

(*bb*) En este caso se trata únicamente de la posicion del demandado (*defensio*), puesto que el suegro y la mujer no tienen ningun derecho de reivindicacion. La misma observacion se aplica al caso siguiente, como lo confirma, además, la expresion *possessor*.

(*cc*) Martin Prozesz, 12 ed., § 303; Mittermaier, Archiv. für civl. Praxis, t. III, p. 42.

(*dd*) L. 4, § 3, si serv. (VIII, 5); L. 6, § 4 eod.; L. 1, § 5, de arb. cœd. (XLIII, 27).

(*ee*) L. 4, § 3, cit. «victoria et aliis proderit.»

(*ff*) Cuyacio, recit. in L. 4, si serv. Opp. t. VII. p. 453. Glück, t. X, p. 233, manifiesta una opinion contraria. En apoyo de la que sostengo citaré la *actio pluviæ arcendæ*, sometida á la misma regla. L. 11, § 1, 2, de aqua et aq. pluv. (XXXIX, 3).

si han tenido conocimiento del litigio, deben imputarse á sí mismo el haber intervenido voluntariamente para prevenir la sentencia que les es perjudicial. Si no han tenido conocimiento de ella, no se podría, sin injusticia, hacerles sufrir la mala fé ó negligencia de su co-propietario (*gg*). Por esta razon, se les autoriza, no para desconocer la autoridad de la sentencia, sino á hacerse indemnizar del perjuicio que experimentan por el que ha sostenido el proceso (*hh*). Para evitar todo recurso de sus co-propietarios, debe éste requerirlos á intervenir en el proceso por una *litis denuntiatio* hecha en tiempo útil.

3) En el caso inverso, cuando el inmueble gravado con la servidumbre pertenece á varios propietarios, el adversario puede ejercitar contra cada uno de ellos la accion *confessoria* y se aplican entónces las mismas reglas que en el caso anterior (*ii*), por más que la necesidad no sea tan imperiosa, puesto que una sola accion es la que puede ser dirigida contra todos los co-propietarios.

4) Todas estas reglas se aplican sin duda de ninguna especie á la accion negatoria.

5) Hé aquí, en fin, una disposicion del derecho feudal lombardo sobre esta materia. El vasallo está autorizado para sostener contra un tercero un proceso sobre la propiedad del feudo, sin la participacion del señor; y la sentencia dictada tiene contra este autoridad de cosa juzgada. Lo mismo sucede cuando el proceso no se termina por senten-

---

(*gg*) L. 19, si serv. (VIII, 5): «non est æquum hoc ceteris damno esse.»

(*hh*) Cuando la comunidad ha sido establecida por un contrato tienen los co-propietarios contra él, por el *dolus* y por la *culpa*, la *actio pro socio*, además, la *actio negotiorum gestorum*, y en ámbos casos la *actio communi dividundo*. L. 20, com. div. (X, 3). Si hay colusion entre ámbas partes, tienen además contra su adversario la *doli actio*, la cual puede ser de importancia si el co-propietario es solvente. L. 19, si serv. (VIII, 5).

(*ii*) L. 4, § 4, si serv. (VIII, 5). Solamente que cuando se trata de una *servitus oneris ferendi* no alcanza esta solidaridad á los otros co-propietarios, en tanto que esta servidumbre, á diferencia de las demás, obliga al propietario del fundo sirviente á ciertas prestaciones personales. L. 6, § 4, eod.

cia, sino por una transaccion. Esta regla no sufre excepcion más que en el caso de connivencia fraudulenta por parte del vasallo (*kk*).

(*kk*) II Feud. 43. El derecho romano contiene una disposicion semejante respecto á la enfiteusis, al propietario superficiario y al acreedor detentador de una prenda inmueble; dicho derecho les permite perseguir, por acciones posesorias, las servidumbres perteneciente al fundo; pero no determina si la sentencia tiene fuerza obligatoria para los propietarios, que es, sin embargo, el punto más importante. L. 16, de serv. (VIII, 1); L. 3, § 3; L. 9, de op. novi nunt. (XXXIX, 1); L. 1, § 5, de remiss. (XLIII, 25).

PREFACIO. (1)

El escritor que en la actualidad emprende la redaccion de un tratado de derecho romano, ó continúa simplemente trabajos ya comenzados, necesita á los ojos de muchos justificarse. Largo tiempo ántes de los trastornos que agitaron á Europa, el derecho romano habia sido objeto de numerosos ataques en nombre de la nacionalidad alemana, cuya trascendencia pasó, sin que se pueda explicar el hecho, del derecho á las personas mismas. Así, miéntras que los adversarios del derecho romano eran considerados como excelentes patriotas, sus partidarios merecian la calificacion de extranjeros ó indiferentes á los sentimientos nacionales. Prevenciones semejantes hubieron de hallar fuerza en los acontecimientos políticos, cuya influencia se ha sentido hasta en el pacífico terreno de la ciencia.

Como en el movimiento que se está operando en nuestros dias el espíritu de nacionalidad juega un papel muy importante, podria llegarse á creer que el derecho aleman sólo era admisible en Alemania y el único digno además de nuestro estudio. La posicion del derecho romano frente al derecho aleman y á la nacionalidad alemana en general, no es una cuestion nueva: es anterior á las conmociones

(1) Las exigencias de que los tomos de la edicion castellana guarden cierta proporcion en su volúmen nos obliga á incluir en el V, parte del tomo VII de las ediciones francesa y alemana, á fin de que el VI y último de la española no salga demasiado grueso.

presentes, y hace cuarenta años que tuve ocasion de tratarla (*a*). Además ha sido tratada igualmente por muchos de mis amigos científicos, de los cuales alguno ya ha muerto.

Dar intervencion al espíritu patriótico en este asunto es el medio más seguro de comprometer la imparcialidad de la discusion y de provocar prevenciones, tan desfavorables, á una como favorables á otra: el que desee la investigacion de la verdad apartando de sí toda falsa apariencia, debe, ante todo, evitar confusion semejante. Léjos de negar á otros jurisconsultos concepciones más profundas y ámplias que las mias, yo las aprovecho para mi cultura. Reconozco además que los acontecimientos ocurridos en nuestros dias pueden hacer que nazcan en el dominio de la ciencia desenvolvimientos que mis fuerzas, debilitadas por la edad, no me permitirán seguir. ¡Ojalá otros con fuerzas nuevas aparezcan para resolver tales problemas; se penetren de su grandeza y que un estudio imparcial y severo acoja sus trabajos! Pero si se habla de amor en sério, sumiso y ardiente por la pátria, de abnegacion y sentimiento por ella, no me conceptúo inferior, ni cedo mis creencias á persona alguna.

Los que como yo atribuyen al derecho romano una grande importancia en Alemania y ven un noble é indispensable objeto para nuestros trabajos científicos en él, no quieren ciertamente elevar una gloria extranjera á espensas del honor nacional, ni subyugar los principios del derecho aleman á los de una legislacion extraña; desean tan sólo hacernos partícipes, en el domínio de la ciencia del derecho, de las conquistas intelectuales que Dios ha permitido consigan otros tiempos y otros pueblos, las cuales se nos ofrecen como medio de acrecentar nuestras propias fuerzas y las riquezas de nuestro espíritu.

Para nosotros, como para otros pueblos, este elemento de orígen extraño forma á través de los siglos parte integrante de nuestro derecho nacional, sobre el cual ejerce una influencia funesta siempre que no se le comprenda ó

(*a*) Remito al lector al prefacio del primer tomo de esta obra: allí encontrará el desarrollo de las ideas que las circunstancias actuales me obligan á resumir aquí.

sólo se interprete de una manera defectuosa, siendo así que, por el contrario, su perfecta inteligencia enriquecería notablemente nuestra jurisprudencia. No podría el derecho romano ser comparado á una isla recientemente descubierta de la cual estábamos en el caso de aceptar ó repudiar la conquista con sus inconvenientes ó ventajas. Es un hecho cumplido, sancionado por el tiempo: el elemento romano ha encarnado en nuestro derecho, y de lo que ahora se trata es de saber si en vez de dejarnos dominar á ciegas por dicho elemento, hemos de procurar darnos clara cuenta de nuestra posicion y hacerla favorable y ventajosa ántes que contraria.

Mas aceptando esta necesidad histórica se la podría deplorar como un mal, y en su consecuencia desear, profundizando los elementos propios, hacer que reemplazasen al derecho romano, que quedaría en el olvido. Una tentativa de este género no conduciría sino al retroceso de la ciencia jurídica: además la idea misma que la inspirase sería absolutamente falsa. El lazo histórico que unió el derecho romano al de una gran parte de Europa, léjos de poderse llamar un mal, es por el contrario un bien inestimable. Los que se dedican al estudio de la ciencia jurídica están expuestos á no obtener fruto, por la teoría, en las vanas abstracciones de un pretendido derecho natural ó á descender por la práctica en una ininteligle rutina: y el estudio del derecho romano bien entendido, nos garantiza contra ambos escollos. Nos pone en presencia de una realidad viva: de un lado nos lleva á un pasado lleno de grandeza; de otro, á la jurisprudencia actual de las naciones extranjeras, sosteniendo de este modo relaciones ventajosas para todos.

Por un error no ménos peligroso é igualmente inexplicable, se ha pretendido en épocas diversas admitir un estado de hostilidad entre el derecho romano y el derecho aleman. El que consagrándose á una de estas ramas principales de la ciencia creyese, atacando ó despreciando la otra, engrandecer y elevar el objeto de sus estudios, revelaría un muy estrecho espíritu. Cualquier progreso verificado en uno de ámbos asuntos es una conquista para el otro, pues contribuye á ampliar los horizontes científicos. Hé aquí por qué los partidarios del derecho romano, entregándose á su especial estudio, han creido siempre que realizaban una em-

presa patriótica, y los grandes acontecimientos que acaban de verificarse en nuestros días no han debilitado en mí esta conviccion.

Con el fin de mostrar mejor en dónde está la verdad, y donde sin duda se halla el error, voy á referir una anécdota, bien que pertenezca á otro órden de ideas. Cuando hace cuarenta años obtuve una cátedra en la Universidad bávara de Landshut, tenía como compañero á un profesor de Botánica quien solía decir no era Bávaro. Deseoso de probar su amor por la pátria adoptiva, quería desterrar del jardin Botánico todas las plantas que no brotaban espontáneamente en Baviera, con el fin de obtener así un jardin exclusivamente nacional, exento de toda planta extraña. El proyecto fué rechazado por todos los profesores, y en verdad que no les faltaba á algunos el patriotismo.

Acabo de exponer los motivos que, á pesar de los acontecimientos políticos, me obligan á continuar ésta obra con seriedad y cariño; los dos sentimientos, si hemos de creer al poeta (1) que cuadran mejor á un aleman. Los acontecimientos dichos me lo han hecho necesario: la vida y las fuerzas indispensables para poner término á mi obra están en la mano de Dios.

Para terminar la parte general del tratado no me queda por publicar sino el tercer libro, que contendrá la aplicacion de las reglas de derecho á las relaciones jurídicas, principalmente la teoría de la colision del derecho positivo de los diferentes países, ó en otros términos, la teoría del derecho internacional y el efecto retroactivo de las leyes. Estas importantes materias, es probable que se contengan en el tomo 6.°

Agosto de 1848.

---

(1) Alude aquí el autor á dos versos de Göthe:

Freunde, treibet nur Alles mit Ernst und Liebe: die Beiden
Stehen dem Deutschen so schön, den ach! so Vieles entstelt.

(Vier Jahreszeiten, n. 43.)

Amigos, hacedlo todo con seriedad y amor; sienta esto tan bien á los alemanes. ¡Y tantas otras cosas qué mal les están!

CAPITULO IV.

VIOLACIONES DEL DERECHO.

§ CCCII.—*De lo que suple al juicio.*—Introduccion.

He indicado en otro lugar (*a*) que ciertas instituciones eran de tal naturaleza que suplían al juicio y por consecuencia lo hacían inútil. Pero para esto es necesario que la *decision* de un proceso se efectúe, en realidad, de otro modo que por la sentencia de un juez. Las instituciones que llenan las condiciones requeridas y que voy á estudiar sucesivamente, son:

I.) La confesion judicial (*Confesio* é *Interrogatio in jure*).

II.) El juramento.

No deben incluirse en esta clase los casos importantes y numerosos en que un resultado análogo, es decir, el fin de un proceso, se produce exteriormente, pero en que dicho proceso en lugar de ser juzgado se destruye por la aparicion de una relacion jurídica nueva, no litigiosa, sustituyendo á la que formaba la base del procedimiento. La mayor parte de estos dos casos se refieren á un contrato, esto

---

(*a*) Véase t. 5.° Para el encadenamiento de las ideas. V. t. 4.°, § 20[illegible], tomo 5.°, § 256.

es, al acuerdo de las partes, y desde este momento no pertenecen á la parte general del tratado, sino á la especial, porque entran en el derecho de obligaciones. Paso á indicar sumariamente las diferentes maneras, segun las cuales se puede terminar un proceso y de las que no tengo que ocuparme aquí:

1) Transaccion.

Se llama así la convencion por medio de la cual las partes desisten proporcionalmente de sus respectivas pretensiones para aceptar un término medio. Desde luego se nota aquí cambio en la relacion de derecho primitivo en virtud de un contrato, es decir, de una obligacion.

2) Desistimiento. Es el abandono completo que el demandante lleva á cabo de sus pretensiones. Este caso tiene analogía con el precedente; pero se distingue en que la transaccion implica concesiones recíprocas.

Obsérvase, además, que el desistimiento es susceptible de muchas significaciones las más diferentes entre sí *(b)*.

Así, el demandante puede haber reconocido que no tenía ningun derecho, y por el contrario, sacrificar gratuitamente un derecho innegable para su adversario mismo, ó bien, por último, abandonar aspiraciones difíciles, cuyo resultado fuera incierto. Frecuentemente, los términos del desistimiento no explícan de una manera clara cuál ha sido la intencion del demandante, y algunas veces ni áun él se da cuenta clara de ello; pero esto no influye de ningun modo en la eficacia del acto.

El desistimiento, independientemente del motivo que lo ha dictado, se nos ofrece bajo diversas formas. Algunas veces reviste la del contrato *(c)*, y entónces aparece la analogía con la transaccion de la que he hablado hace un momento. Otras el demandante se presenta sólo ante el juez y declara que abandona el litigio *(desistere)*. Esta declaracion, cuando tiene lugar *in jure*, es de la naturaleza de la

(*b*) La L. 29 de don. (XXXIX, 5) habla de estas diferencias, pero cualquiera que sea el motivo del desistimiento, su eficacia es siempre la misma.

(*c*) Es este el *pactum ne petatur*, al cual se ha consagrado la parte mayor del título del Digesto de pactis (II, 14). El lugar que ocupa dicho título, inmediatamente ántes que el de transactionibus, se justifica por la afinidad señalada ántes entre ámbas instituciones.

confessio in jure, y por dicha condicion sustituye realmente al juicio (*d*).

De ordinario se considera como un desistimiento ficticio el caso en que el demandante deja desierta la instancia y que se pronuncie contra él un juicio por abandono. Semejante silencio, cualquiera que sea el motivo que lo determine, se considera como una declaracion tácita del abandono del proceso; y cuando por ello el juez rechaza la demanda, se aplican las reglas relativas al juicio y no las pertinentes al desistimiento (*e*).

3) El caso inverso del desistimiento sería el en que el demandado accediese por completo á la demanda; pero como en derecho romano esto constituye una *in jure confessio*, la cual suple al juicio, es este uno de los dos casos de que debo ocuparme aquí. Por lo demás, puede presentarse bajo la fórmula pura de contrato, debiendo entónces ser colocado en la misma línea que el caso anterior.

4) El compromiso tiene una analogía evidente con las instituciones que suplen al juicio; pero no figura aquí porque los Romanos le consideraban en su orígen como de naturaleza puramente contractual: más tarde se relacionó con los juicios; pero se hizo necesario separarlo de los contratos si se había de comprender bien en todos sus especiales desenvolvimientos.

5) El que se hace por su mano justicia es castigado con la pérdida d l derecho que pudiere alegar, pena que tiene por objeto detener todo proceso ulterior relativo al mismo asunto. Esto entra en la clase de obligaciones que nacen de los delitos.

Si todos los casos precedentes no suplen realmente al juicio, muchos de ellos tienen con el juicio una analogía que ya he notado y sobre la cual vuelvo á insistir. Los que en

---

(*d*) L. 29. § 1, de don. (XXXIX, 5). Véase § 303. nota *r*.

(*e*) V. Thibaut, civilistische Abhabandlungen, p. 160, 161, Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozesz, p. 287, 294. 296; Bayer Borträge, página 285, 288. Sólo en lo que toca á ciertos puntos especiales, el abandono del proceso equivale para el demandante al desistimiento; así por ejemplo, abandonando el proceso el demandante ante el perjuicio que resultaría de una exigencia injusta dirigida contra un testamento. L. 8, § 14, de inoff. tut. (V, 2); L. 8. C. de his quib. ut ind. (VI, 35). V. tambien L. 27, § 1, de lib. causa (XL, 12).

efecto, tienen naturaleza de verdaderos contratos (Números 1 y 2), no sólo ponen fin al litigio empeñado sino que impiden se reproduzca. Cabe ahora preguntar si un proceso incoado posteriormente debe considerarse como la reproduccion ilícita del que terminó por el contrato ó como uno nuevo independiente del primero. Ya he tratado esta cuestion á proposito de los efectos del juicio y las mismas reglas se aplican aquí ahora. Por esto siempre que se trata de probar la identidad de un proceso con otro terminado anteriormente, sea que un juicio ó un contrato hayan puesto fin al primer litigio, los principios que hay que aplicar son absolutamente los mismos. Bajo este concepto la *pacti exceptio* y la *exceptio rei judicatæ* tiene una naturaleza análoga *(f)*.

§ CCCIII.—*De lo que suple al juicio.*—I. *Confesion judicial.*— Confessio in jure.

Fuentes.

Digesto, XLII, 2 (de confessis), XI, I (de interrogationibus in jure faciendis et de interrogatoris actionibus.

Cod., VII, 59 (de confessio).

Paulo, V, 5, A, II, I, § 5.

Cod. Greg., X, 2.

Autores:

Donelo, Lib. XVIII, C. I.

Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung, herausg. von Hefft r. Halle, 1832.

Vierte Abhandlung und. Zus. p. 290-296.

Bethmann-Hollweg, Versuche über Civilprozesz. Berlin, 1827. Vierte Abhanlung.

Puchta, Cursus der Institutionem, 2.ª ed., t. 2.°, § 173-174.

El derecho romano tiene tocante á esta materia dos instituciones muy antiguas, cuya afinidad es tal que no se las podría estudiar separadamente: son estas la *confessio in jure* y la *interrogatio in jure*.

El principio que sirve de base á la *confessio in jure* puede expresarse en estos términos: cuando en presencia del

---

(f) L. 27, § 6, 8, de pactis (II, 14). V. t. V, § 297 y sig.

pretor, el demandado reconoce todas las pretensiones del demandante como bien fundadas, su reconocimiento equivale á su condenacion. Mas para que el reconocimiento tenga dicha eficacia especial, debe haberse hecho ante el pretor (*in jure*) y no ante el *judex* (*a*). Tambien vemos algunas veces en las fuentes que, despues de la palabra *confessio* ó *confessus*, se añade, *in jure* (*b*); pero esta adicion se sobreentiende siempre, y hé aquí por qué en la mayor parte de los textos se ha considerado inútil expresarla.

El principio tiene una doble consecuencia: el demandado se obliga por su confesion, y la obligacion nace inmediatamente sin que haya necesidad de un juicio. Esta segunda consecuencia es la que dá á la confesion judicial su especial carácter, el de suplir al juicio. Los Romanos expresaban el juicio que acabo de establecer diciendo: «Confessus *pro judicato* est, ó habetur» (*c*). Esto es rigurosamente verdadero, porque la simple confesion sin juicio, entraña contra el demandado la ejecucion inmediata por la entrega y venta de los bienes (*d*). Hé aquí por qué la confesion se coloca al lado del juicio y del juramento, es decir, en la misma línea (*e*). Para el juicio tenemos una regla perentoria: condemnatus *ut pecuniam solvat* (*f*).

La verdad del principio queda, pues, fuera de duda; sin embargo, no es sino una verdad relativa, porque no se aplica directamente sino al solo caso en que el demandante reclama una suma determinada y el demandado reconoce la deuda (*g*). Esta restriccion proviene de que en el antiguo

---

(*a*) La confesion hecha ante el *judex* tenía siempre una influencia decisiva sobre el juicio; pero esto no era un acto independiente de su naturaleza y sí sometido á reglas en cuanto á su forma. Despues de la abolicion del *ordo judiciorum* la distincion desapareció.

(*b*) L. 29, § I, de don. (XXXIX, 5); L. 56 de re jud (XLII, I); L. un. C., de confessis (VII, 59); L. 4. C., de repud. her. (VI, 31).

(*c*) L. I, 3, 6, § 2, de confessis (XLII, 2); L. 56 de re jud. (XLII, I); L. un. C., de confessis (VII, 59); L. 4, C., de repud. her. (VI, 31); Paulo y Cod. Greg. en los textos ántes citados.

(*d*) L. 9, C., de execut. (VII, 53); Paulo, II, I. § 5.

(*e*) L. 56; L. 31, de re jud. (XLII, 1).

(*f*) L. 4, § 3, de re jud. (XLII, 1).

(*g*) L. 4, C. de repud. her. (VI, 31): «quod confessos in jure pro judicatis haberi placuit... *ad certam quamtitatem deberi confitentem* pertinet.» L. 6, pro de confessis (XLII, 2): «*Certum* confesso pro judicato erit, incertum non erit.» Aquí, como en otros muchos textos relativos á

procedimiento el juicio no podía versar sino sobre una suma de dinero determinada (*h*), y entónces solo tenía lugar la ejecucion directa por la entrega y la venta de los bienes del condenado.

En todos los demás casos, es decir, cuando la confesion versa sobre una cosa determinada distinta del dinero corriente, ó sobre una que es indeterminada y por consecuencia en la mayor parte de los casos debería el demandado, en tanto que fuera posible, referir su confesion á determinada suma y trasformarla así en un *certum* (*i*). Si fuera imposible, entónces comienza un proceso ordinario; se nombra un *judex*, se procede á la *litiscontestatio*, y se juzga (*k*).

Tal vez fundado en esto creyera alguno se podía atribuir al principio una importancia práctica menor de la que realmente tiene. Es verdadero para todos los casos de que acabo de ocuparme, si bien bajo otra forma.

Así, en el proceso que se entabla, el *judex* se ve encadenado por el contenido de la confesion y se le obliga á inhibirse. Desde este momento no tiene nada que investigar, reduciéndose su funcion á trasformar el objeto de la confesion en una suma de dinero determinada (*m*).

Hé aquí, con poca diferencia, como en parecidos casos debía redactarse la fórmula:

Quod N. Negidius in jure confessus est fundum Cornelianum A. Agerio se dare oportere, quanti is fundus est, eum condemna.

De suerte que la *intentio* no decía nunca: si paret N. Negidium fundum dare oportere (*n*).

Si semejante confesion se aplicaba á una accion arbitra-

---

las acciones, *certum* es sinónimo de *certa pecunia*, (t. 4.° como lo prueban las palabras que siguen inmediatamente.

(*h*) Gayo. IV, § 48.

(*i*) L. 6. § 1, de confessis (XLII, 2): «urgeri debet.» Pero esto no implica violencia directa ni indirecta, solo una alegacion no justificada puede determinar al *judex* á hacer más riguroso un juicio. Bethmann-Holweg, p. 265.

(*k*) L. 7, 5, 3, 8, de confessis (XLII, 2).

(*l*) «Nihil *quæritur*.» L. 56 de re jud. (XLII, 1), proposicion textualmente deducida de la regla; confessi pro judicatis habentur.

(*m*) «Judex non rei *judicandæ*, sed *æstimandæ*, datur.» L. 25, § 2; L. 26 ad L. Aquiliam (IX, 2); L. 40, § 1, de pactis (II, 14).

(*n*) Esta era la *actio confessoria* de la cual hablaré ahora (§ 304, nota *k*).

ria, principalmente á la accion de propiedad, tenía desde luego la naturaleza de una *pronuntiatio*, haciéndola inútil puesto que no tenía lugar (*o*).

Con respecto á la *confessio* vemos además mencionar la regla especial de que los plazos legales fijados para el pago son los mismos que los establecidos para el juicio y que, por tanto, comienzan á correr desde el dia de la confesion (*p*).

Por lo que precede vemos que desde ahora podemos atribuir á la confesion judicial la misma eficacia que al juicio (*q*), y expresarla en estos términos: Confessio pro veritate accipitur.

Esta frase es por igual verdadera é importante para toda suerte de confesion judicial, sea que verse sobre una suma de dinero ó sobre cualquier otro objeto determinado ó indeterminado. Así cabe decir en este sentido que toda confesion judicial suple al juicio, pues que como á este se le atribuye la ficcion de la verdad ó la verdad de la forma, bien que en muchos casos no sea ménos necesario un juicio anterior.

Cuando se considera la confesion judicial en la generalidad de su naturaleza se ve el contraste absoluto del desistimiento hecho por el demandante ante el magistrado (§ 302). Esta relacion es tanto más de notar cuanto que la confusion puede ser determinada por pensamientos muy distintos: de ordinario expresa el reconocimiento real de los derechos del demandante, otras veces la intencion formal de donar, y, por último, el abandono de un derecho incierto para evitar un proceso. Debo añadir que el fin de la confesion judicial puede ser tambien alcanzado por un contrato: el recognitivo, que entra en el derecho de obligaciones y cuya verdadera naturaleza ha sido frecuentemente desconocida.

Por lo demás, semejante *confessio in jure* puede emanar igualmente del demandante si se presenta ante el pretor á declarar que en absoluto carece de todo derecho contra el demandado; abandonando por tanto su accion enteramente, y

---

(*o*) L. 6, § 2, de confessis (XLII, 2). Acerca de la *pronuntiatio*. Véase tomo V, § 289.

(*p*) L. 6, § 4, de confessis (XLII, 2); L. 21 de jud. (V, 1); L. 31, de re jud. (XLII, 1); Paulo, V, 5, A. § 2. Naturalmente esto no se aplica sino al caso en que la confesion versa sobre una suma de dinero, y entónces exime de un juicio ulterior (nota *g*).

(*q*) Véase, t. V, § 282.

esta confesion que equivale á una absolucion es por tanto tambien uno de los actos que suplen al juicio. Pero desde luego se presenta el caso raramente bajo esta forma, y entónces su naturaleza es tan sencilla que no exige precisarla.

Hé aquí por qué no se encuentra, segun yo entiendo, mencionado más que un solo texto del derecho romano (*r*), y además por qué no ha fijado la atencion del legislador ni de los antiguos jurisconsultos.

§ CCCIV.—*De lo que suple al juicio. Confesion judicial.*— Confessio in jure. (Continuacion.)

Paso ahora á exponer el orígen y desarrollo sucesivo del principio importante ántes establecido sobre la eficacia de la confesion judicial hecha por el demandado.

I) Para el caso principal, la deuda de una suma determinada, la fuente primitiva es la Ley de las XII Tablas:—«Æris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justo sunto» etc. (*a*), en donde la confesion judicial y el juicio se colocan en una misma línea. Ambos entrañaban la esclavitud por deudas, es decir, la ejecucion sobre la persona, á la cual sustituyó despues la ejecucion para la toma de los bienes, la única hoy cuestionable (*b*). Veamos ahora la base de dicha Institucion.

2) El edicto del pretor la hizo extensiva á varios casos especiales. Designó cuatro acciones por las cuales, convencido el demandado, despues de haber negado conscientemente, debía pagar á título de pena el doble del valor que se reclamaba (*c*). La confesion ponía al abrigo de esta pena,

---

(*r*) L. 29, § 1, de don. (XXXIX. 5). V. § 302, nota *d*.—Se lee en este texto: «eum actionem jure amisisse respondit.» Si, pues, quería reproducir esta accion, su adversario le oponia sin duda una *exceptio confessi* ó *confessoria*, como él le hubiere opuesto la *exceptio rei judicatæ*.

(*a*) Gelio, XX. 10.

(*b*) La cuestion de saber si la esclavitud por dudas se limitaba al préstamo de dinero, es controvertida. *Véase* Savigny, über das altrömische Schuldrecht, Abhaunlungen de Berliner Akademie, 1833. Es evidente que para toda deuda de dinero, la confesion, lo mismo que el juicio llevaba consigo la entrega de los bienes.

(*c*) Lis inficiando crescit in duplum, Gayo, IV, § 9, 171. Las cuatro

quedando entónces la cuestion de saber si la confesion obligaba al demandado á pagar simplemente el valor reclamado. Esto se admitió sin dificultad, porque la confesion tenía entónces el carácter de una transaccion: el demandado pagaba el valor simple para no exponer al pago del doble. Tal interpretacion, conforme á la naturaleza de las cosas, encontró su confirmacion expresa en el edicto, que al lado de la accion *in duplum* en caso de denegacion, concedió la accion *in simplum* cuando la deuda es confesada, y por consecuencia reconocía directamente que la obligacion resultaba de la confesion *(d)*. Por lo demás esta disposicion no podía considerarse como una innovacion, y desde este instante como extension, sino para número muy reducido de casos. La *actio judicati* y *depensi* que tenía siempre por objeto una suma determinada de dinero, se comprendía en la prescripcion de la Ley de las XII Tablas (Núm. I); del mismo modo la accion para la liberacion de un legado, cuando este consistía en una suma de dinero. No quedaban, pues, como extension de la eficacia dada á la confesion, sino las dos acciones siguientes: la accion, resultado de un *legatum damnationis*, cuando se trataba de una cosa determinada otra que el dinero contante, por ejemplo, una casa, un caballo, etc.; y la *actio legis Aquiliæ*, para el daño material causado en la cosa de otro. Con respecto á este último caso tenemos las enseñanzas más precisas sobre la extension dada á la eficacia de la confesion; hablaré de nuevo acerca de este asunto.

Para los casos restantes en que interviene la confesion judicial, no tenemos, pues, ningunas disposiciones expresas sobre sus efectos especiales. Pero no es dudoso que los juicios no habían tenido siempre cuenta de la confesion hecha, sea ante el pretor, sea ante el *judex*.

3) Finalmente la extension completa dada al principio, tal como lo he expuesto ántes (§ 303), resulta de un decreto del senado del tiempo de Marco Aurelio (Oratio D. Marci). Por él se decidió formalmente que en toda clase de acciones la confesion hecha ante el pretor, tiene contra el demandado la

---

acciones son: judicati, depensi, damni injuria dati, legati per damnationem relicti.

(*d*) Bethmann-Hollweg, p. 265-268.

misma fuerza obligatoria que el juicio (*e*). A pesar de la generalidad de los términos empleados por los antiguos jurisconsultos cuando hablan de este decreto del senado, se le debe restringir á las acciones en las cuales cada una de las partes puede disponer absolutamente de sus derechos; las acciones relativas, por ejemplo, al derecho de bienes. Mas la confesion no tendría la misma eficacia si entrañara la pérdida de la libertad personal ó la nulidad de un matrimonio (*f*).

Desde la abolicion del *ordo judiciorum* toda *confessio in judicio* tiene el mismo valor que la antigua *confessio in jure*; en realidad no suple al juicio, pero es su base, y el juez debe conformar á ella su sentencia.

Se ha visto (§ 303) que la confesion es el acatamiento verificado por el demandado á las pretensiones del demandante, es decir, el acuerdo de ámbas partes. Ahora, estas pretensiones implican siempre, y de un modo necesario, la existencia de una relacion de derecho y la misma relacion jurídica descansa sobre los hechos. Además, si se quiere profundizar la naturaleza de la confesion es necesario determinar si ha tenido por objeto la relacion de derecho ó más bien los hechos que le sirvan de base.

La palabra *confessio* parece indicar que el hecho es el objeto inmediato sobre el cual se ponen de acuerdo las partes, y desde este momento la confesion se nos presenta sólo como medio de prueba; pero su carácter jurídico que la asimila al juicio, nos conducía á la relacion de derecho. Tal es en efecto, el objeto necesario de todo juicio: si pues la confesion tiene la misma autoridad que el juicio y le suple en muchos casos (§ 303), debe necesariamente tambien fijar la existencia de una relacion de derecho.

La naturaleza de la confesion se reconoce precisamente en las fuentes del derecho; así el demandado confiesa *se debere*, ó *fundum actoris esse* (*g*) y nadie duda que la deuda ó la propiedad no son puras relaciones de derecho á las cuales dan nacimiento sólo ciertos hechos.

(*e*) L. 6, § 2, de confessis, (XLII, 2); L. 56, de re jud. (XLII, 1).
(*f*) L. 24, 39, C., de lib. causa (VII, 16); C., 5, X, de eo qui cognovit, (IV, 13).—Bethemann-Hollweg, p. 274.
(*g*) L. 3, 5, 7, de confessis (XLII, 2); L. 6, § 2, eod.

Por lo demás no se puede negar que el reconocimiento de la relacion de derecho no contiene el reconocimiento del hecho que implica, por más que entre muchos hechos igualmente posibles la eleccion puede quedar dudosa. Frecuentemente tambien el reconocimiento de un simple hecho, un préstamo recibido, por ejemplo, entraña el reconocimiento de una relacion de derecho (aquí la deuda resultante del préstamo); pero esto no cambia en nada el fondo de las cosas.

Sin embargo, hay un caso en donde los jurisconsultos romanos hacen influir la confesion exclusivamente sobre el hecho, siendo preciso no ver aquí una expresion inexacta ó el indicio de una divergencia de opiniones, y sí una consecuencia deducida de la naturaleza particular de una accion única. Es este el punto que voy á profundizar desde ahora, porque se refiere á otras cuestiones importantes.

Se ha visto ántes que la *actio L. Aquiliæ* era una de las acciones en que, aun anteriormente á la *oratio D. Marci*, la confesion tenía un efecto especial: de una parte ponía al demandado al abrigo del pago del doble, de otra le obligaba, como un juicio sentenciado, á pagar el valor real (§ 303). En semejante caso de simple confesion no era supérfluo, porque quedaba siempre por determinar el valor del daño sufrido *(h)*. Así, la confesion, que debe tener aquí efectos especiales, influye, no sobre la reclamacion todavía indeterminada del demandante, sino sólo sobre el hecho; no sobre el hecho entero y completo, sino sobre la parte que el demandante ha tomado personalmente: es lo que nuestros criminalistas llaman estado subjetivo de los hechos *(i)*. Esta restriccion no tiene de otro lado nada de accidental ó arbitraria, estando plenamente justificada por la circunstancia siguiente. Cuando en un proceso se trataba de un esclavo herido ó muerto, el hecho de la muerte ó de las heridas rara vez era dudoso y además podia ser fácilmente probado.

(*h*) L. 25, § 2; L. 26. ad L. Aqu. (IX, 2).

(*i*) L. 23, § 11; L 24. L. 25, pr., ad L. Aqu. (IX, 2); L. 4, de confessis (XLII, 2). En el primero de estos textos hay un pasaje muy decisivo: «hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, nec necesse habeat docere, *eum* occidisse, ceterum *occissum esss* hominem a quocumque oportet.»

El hecho contrario de que el demandado fuera el autor de la muerte ó de las heridas, podía fácilmente ser negado; contra esta denegacion es contra la que se dirije la amenaza del doble pago, y la confesion de esta parte del hecho tenía sólo importancia. En la redaccion de la fórmula esta confesion era únicamente obligatoria para el juez, y la accion así concebida se llamaba *confessoria actio (k)*.

Despues de haber expuesto la historia y la forma de la *confessio in jure*, queda por examinar su lado práctico. Desde luego se presenta, aun en derecho romano, la cuestion importante de saber si se debe fé absoluta á la confesion judicial ó bien si puede ser revocada ó atacada como contraria á la verdad. Despues examinaremos si los principios del derecho romano sobre la confesion judicial son tambien aplicables al derecho actual, á fin de determinar cuales son hoy día los principios verdaderos de la materia.

Pero estas cuestiones no pueden resolverse definitivamente sino cuando hayamos tratado de la *interrogatio in jure*.

§ CCCV.—*De lo que suple el juicio.*—I. *Confesion judicial.*— Interrogatio in jure.

Cuando un proceso depende de una cuestion prejudicial concerniente á la persona del demandado, lo que los autores modernos llaman legitimacion pasiva, el demandante tiene, como el juez, el derecho de poner esta cuestion al demandado, el cual tiene obligacion de responder: tal obligacion es aquí especial. El contenido de la respuesta liga al demandado, que es la analogía que tiene esta institucion con la *confessio in jure*.

La diferencia consiste en que la *confessio* versa sobre el objeto directo del proceso, la reclamacion del demandante, y desde entónces puede suplir al juicio (§ 303): la *interrogatio*, por el contrario, versa, no sobre al objeto del litigio, sino

(*k*) L. 23, § II, L. 25, § 1, ad. L. Aqu. (IX, 2). Esta designacion no se halla en otras partes, lo cual procede seguramente de circunstancias accidentales, por que en sí era aplicable á toda accion que se intentaba á consecuencia de una *confessio in jure* (§ 303, nota *n*).

sobre una cuestion prejudicial, y por esto mismo no puede nunca suplir al juicio.

Independientemente de estos casos especiales, podía cada una de las partes llevar ante el pretor una cuestion á su adversario, y si este daba voluntariamente una respuesta afirmativa y precisa, esta *in jure confessio* le comprometia conforme á los principios expuestos ántes; pero entónces la *interrogatio* no era considerada sino como la ocasion determinante de la *confessio*, no era un acto independiente que formase parte del procedimiento (*a*).—A este principio se refiere principalmente la antigua forma de la *in jure cessio*, como trasferencia de la propiedad por el consentimiento libre del antiguo propietario.

El nuevo propietario reclamaba la cosa por la fórmula, el pretor preguntaba al vendedor si reconocía la propiedad del demandante, y sobre su respuesta afirmativa ó áun á falta de contestacion afirmativa, el pretor pronunciaba la *addictio*, que trasfería la propiedad (*b*).

Se comprende que la interrogacio habría podido hacerse tambien ante el pretor como ante el *judex*. En su orígen no tenía lugar sino ante el pretor; así era una *interrogatio in jure* (*c*) y no *in judicio*, porque su destino primitivo era influir en la redaccion de la fórmula y de aquí que veamos su aplicacion mencionada en los casos siguientes, en donde el demandante tenía interés en obtener del demandado una contestacion sobre cualquiera de estas cuestiones:

1) El demandado era heredero de un deudor del demandante (*d*)?

2) ¿En qué proporcion es heredero (*e*)?

3) En el caso de la *noxalis actio* es propietario del es-

(*a*) Vemos un ejemplo parecido de una cuestion dirigida por un demandado á un demandante en la L. 29, § I, de don. (XXXIX, 5). Véase § 303, *r*. Las expresiones que emplea esta ley indiferentemente, tales como *interrogatus*, *respondit*, *confessus*, *confessio*, no ofrecen ninguna inexactitud. En todo el título de Interrogationibus las palabras *respondere* y *confiteri* se emplean alternativamente como sinónimas.

(*b*) Gayo, II, § 24.

(*c*) Esta palabra se halla en la inscripcion del título y en la L. I, pr.: L. 4, § I, de interr., (XI, I).

(*d*) L. 2, 3, 5, 9, § 7, de interr. (XI, I).

(*e*) L. I, pr.; L. 4, pr.; L. eod.

clavo autor del daño, y en el caso de la *actio si quadrupes* es propietario del animal que ha causado el daño (*f*)?

4) En el caso de la *actio de peculio* existe un *peculium* perteneciente al hijo ó al esclavo (*g*)?

5) En el caso de una *actio damni infecti* es propietario de la casa que amenaza ruina (*h*)?

6) En el caso de una reivindicacion de propiedad, de qué parte de la cosa está en posesion el demandado (*i*)?

7) ¿Qué edad tiene el demandado (*k*)? ¿Es impúbero ó menor?; porque en el primer caso la validez del procedimiento exige la presencia del tutor como *auctor*, en el segundo caso la asistencia del curador (*l*).

Todas estas cuestiones podían ser buenas para que las presentára á fin de eludir el demandante las penas y los gastos de un procedimiento inútil ó mal incoado. En uno de estos casos (Núm. 2) la cuestion era aun necesaria para evitar la pérdida de un derecho, es decir, cuando el demandante quería dirigir una *certi condictio* contra un heredero de su deudor primitivo é ignoraba en qué parte era heredero su demandado. En efecto, si su reclamacion excedía de la parte proporcional que debía pagar el demandado, segun las reglas del antiguo procedimiento perdía todos sus derechos contra este heredero (*m*).

La contestacion dada formaba la base de una *interrogatoria actio* (*n*), es decir, que el contenido de la respuesta se insertaba en la fórmula como definitivamente adquirido en el proceso. Un ejemplo nos lo hará comprender mejor. Su-

---

(*f*) L. 5, 8, 7, eod.

(*g*) L. 9, § 8, eod.

(*h*) L. 10; L. 2, § 2, eod.

(*i*) L. 20, § 1 eod. El demandado no podía ser interrogado sobre su propiedad por el demandante, porque esto entra en el derecho del demandante, que debe conocer. L. 73, pr.; de R. V. (VI, I).

(*k*) L. II, pr., de interr. (XI, I).

(*l*) El marido que se separaba de su mujer podía requerirla ante el pretor para saber si estaba embarazada. La constitucion de una prenda ó una pena pecuniaria podían ser empleados como medios de obligar á la mujer á responder; pero como á este requerimiento no se refiere ninguna accion, y este es el objeto principal de la institucion que nos ocupa, no pertenece esto directamente al asunto. L. I, § 2, 3, de insp. ventre (XXV, 4).

(*m*) L. 1, pr., de interr., (XI, 1).

(*n*) Esta palabra se halla en la inscripcion del título, como tambien en la L. 1, § 1, y en la L. 22, eod.

pongamos que soy acreedor por cien escudos en virtud de una estipulacion; mi deudor muere y uno de los herederos niega la deuda; pero preguntado por su cualidad de heredero del difunto, responde que no es heredero por mitad: la fórmula puede entónces ser entendida en estos términos:

Quod N. Negidius, interrogatus, respondit se esse Seji heredum ex semisse, si paret Sejum Aulo Agerio centum dare oportere, N. Negidium in quinquaginta condemna.

Este procedimiento podía comprometer al demandado de diferentes maneras; me ocuparé desde luego de los pormenores de este aserto.

Pero ántes debo mencionar un caso que se remonta al tiempo de los antíguos jurisconsultos. He aquí á este propósito las palabras literales de Calistrato (*o*): «Segun la jurisprudencia actual no está obligado á responder ánte el pretor á las cuestiones que se le pregunten: esta parte del procedimiento, como todo lo que se refiere á la prueba de los hechos, es enviado ante el *judex*. Tambien los *interrogatoriæ actiones* han caido casí totalmente en desuso (*p*).»

Encuentran de tal manera extraordinaria los autores modernos esta exposicion, que han recurrido á los medios más violentos para explicar su pretendida contradiccion con el conjunto de los textos (*q*). El abandono completo de los interrogatorios como institucion positiva, pues así es como entienden el texto de Calistrato, les parece irreconciliable con las reglas precisas que expondré más adelante y que el Digesto nos presenta como derecho vigente.

(*o*) L. 1, § 1, eod.

(*p*) L. cit. «Interrogationis autem actionibus *hodie non utimur...., minus frequentantur et in desuetudinem abierunt.*» Ya he dicho que el antiguo uso se recomendaba principalmente por las facilidades que ofrecía, las cuales podian tambien existir ante el *judex*. En un solo caso, relativamen raro (nota *m*), el antiguo uso podía ser indispensable para evitar un peligro, y verdaderamente se mantenía para éste caso especial, en tanto que el *ordo judiciorum* subsistió con sus formas rigurosas. Tampoco el jurisconsulto dice que las acciones interrogativas han sido completamente abandonadas sí que se usan raramente (*minus* frecuentantur), y esta expresion ha podido ser escojida en vista del caso especial de que acabo de ocuparme. Añado que la *necesidad* de los *int. act.* para este caso especial, se encuentra señalada un poco más arriba en el mismo texto.

(*q*) V. Glück, t. XI, p. 247-249, 255, 293; Zimmern, Rechtsgesch: Puchta, Institutionem, t. II, p. 192.

Para resolver la dificultad se han propuesto dos medios.

Ven los unos en dicho texto una interpolacion de Triboniano, y pretenden que hasta entónces no hubo cambio alguno.—Pero la interpolacion sería á la vez inútil y contraria al fin de los compiladores; inútil porque desde el tiempo de Justiniano no había confusion posible entre el pretor y el *judex*; contrario al fin de los compiladores porque el conjunto del título del Digesto prueba evidentemente que las antiguas reglas prácticas acerca de los interrogatorios continuaban siendo eficaces.

Otros han propuesto la explicacion siguiente. Antiguamente, dicen, se hubo de recurrir á los interrogatorios *extrajudiciales* que eran una fuente de injusticia y de opresion, y he aquí que los interrogatorios, segun el testimonio de Calistrato, habian caido en desuso.—Pero no existe ninguna señal de semejantes interrogatorios tiránicos, ni han sido imaginados sino para resolver la pretendida dificultad que procede únicamente de dos expresiones de Calistrato sin duda alguna mal comprendidas *(r)*.

Toda dificultad desaparece cuando se explica el cambio ocurrido. Los antiguos interrogatorios con sus consecuencias rigurosamente determinadas no sufrieron ninguna modificacion; sólo en lugar de hacerse ante el pretor se hicieron ante el *judex*, y desde este momento no tuvieron más influencia sobre la redaccion de la *formula*. Así fueron los *interrogatoriæ actiones* los que cayeron en desuso y no los interrogatorios, que continuaron subsistiendo con todas sus consecuencias. Tal es, casi literalmente, el relato de Calistrato cuyo testimonio está plenamente confirmado por un texto de Ulpiano *(s)*.

Considerado de este modo el asunto, se comprende que Triboniano no tuviere nada que cambiar, porque lo que se quería mantener existía desde la abolicion del *ordo judiciorum*. No hay ningun motivo para admitir que haya sido

---

(*r*) L. 1, § 1, cit. «Interrogationis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur *ante judicium* de suo jure aliquid responedre.» Las palabras *ante judicium* se traducian por *estrajudicialmente*, en tanto que equivalen á *in jure, coram Prætore*.

(*s*) L. 21, eod. «Ubicunque *judicem* æaquitas morerit, æque oportere fieri interrogationem, dubium non est.»

hecha una interpolacion importante en el texto del antiguo jurisconsulto (*t*).

Ahora debemos exponer las reglas prácticas que, establecidas en su origen para la *interrogatio in jure*, fueron más tarde, áun desde el tiempo de los antiguos jurisconsultos, aplicadas á la *interrogatio in judicio*.

El demandado puede ser interrogado acerca de todos los puntos prejudiciales relativos á sus relaciones personales, lo mismo por el magistrado que por su adversario, estando obligado á responder siempre (*u*). He aquí ahora los diferentes casos que pueden presentarse.

A) El demandado responde y su adversario puede invocar contra él el contenido de la respuesta como verdadero por la forma, del mismo modo que invocaría un juramento. Bajo este punto de vista la respuesta tiene la naturaleza de un cuasi-contrato (*v*).

B) El demandado responde y despues se le prueba que ha respondido, sabiéndolo, lo contrario de la verdad.

C) El demandado rehusa contestar.

En los dos últimos casos el demandante está autorizado para admitir como verdadero el hecho más desfavorable á su adversario que afecta al estado de la causa, considerándose esto como castigo de la mala fé del demandado (*x*). Así, por ejemplo, si este heredero en la mitad del deudor primitivo, ha respondido que lo era en una cuarta parte, se le considera como heredero único, siendo desde este instante responsable á la totalidad de la deuda.

Sin embargo, la obligacion de responder y la pena unida á la negativa no existen cuando el demandado dá, como motivo de su silencio, la ignorancia de los hechos; si, por ejemplo, se le interroga sobre su cualidad de heredero y no la ha sabido áun (*y*).

(*t*) Habría que admitir á lo sumo una muy inocente y poco peligrosa en esta frase de Ulpiano, (L. 4, pr., eod.): «Voluit Prætor adstringere eum qui convenitur ex sua *in judicio* responsione...» Podría en este caso creerse que Ulpiano había escrito: *in jure*.

(*u*) L. 9, pr., § 1; L. 11, § 9, eod.

(*v*) L. 11, § 9, eod.

(*x*) L. 4, pr., L. 5; L. 2, § 2, 3, 4, 5, 9; L. 17, eod.; L. 39, pr. de proc. (III, 3); L. 26, § 5, de nox act. (IX, 4).—Behtmann-Hollweg, p. 281.

(*y*) L. 6, § 1, de interr. (XI, 1).

§ CCCVI.—*De lo que suple al juicio.*—I. *Confesion judicial.*— Revocacion.

Despues de haber tratado sucesivamente de la *confessio* y de la *interrogatio* podemos entrar en una cuestion práctica que toca á ambas instituciones, como partes de la confesion judicial. He aquí la cuestion: ¿Puede el demandado revocar su confesion como contraria á la verdad, es decir, probándola como resultado de un error? Esta cuestion ha sido muy controvertida por los autores modernos, lo cual procede de las contradicciones aparentes que presentan las decisiones de los jurisconsultos romanos.

Para dar una base sólida á la presente investigacion es preciso elevarse á los principios generales, y aquí nos encontramos con dos puntos de vista extremos, diametralmente opuestos. Segun el primero, la confesion judicial es un simple medio de prueba como lo sería la extrajudicial (sólo más eficaz), lo mismo que la prueba por la declaracion de testigos, debiendo ceder por tanto á la prueba contraria. Segun el segundo, la confesion judicial constituye un derecho por su forma como el juicio, y desde este instante es irrevocable, aún cuando su autor ofreciese probar la falsedad.

La verdad se halla en un término medio. Sin duda que la confesion judicial constituye un derecho por la forma, enlazando el que tiene de hecho, y esto no es sino un simple medio de prueba, es decir, un medio de llevar la conviccion al ánimo del juez. Puede no obstante anularse; pero es en virtud de una restitucion concedida por el pretor, por la misma autoridad que, bajo ciertas condiciones, permite anular un juicio. Dichos principios se aplican á la *confessio* lo mismo que á la *interrogatio*. Hay, sin embargo, casos exceptuados en que la confesion judicial es absolutamente prueba definitiva. Trataré de desarrollar estas diferentes proposiciones justificándolas con el testimonio de las fuentes del derecho romano.

1) La *confessio in jure* (*in judicio* segun el derecho justinianeo), obliga al que confiesa (§ 303, 304). La *interrogatio* y la *responsio in jure* (aún en tiempo de los antiguos jurisconsultos *in judicio*), tienen la misma eficacia: de or-

dinario obran como cuasi-contratos y por excepcion como pena. Así, pues, todas las formas de la confesion judicial gozan de la misma fuerza obligatoria.

Ahora bien, tratemos de precisar la naturaleza de dicha fuerza obligatoria. La confesion tiene por objeto circunscribir el litigio, siendo así como uno de los actos que preparan el juicio y fijan sus condiciones. Además, existe una afinidad íntima con la *litiscontestatio*, porque es, puede decirse, una *litiscontestatio* nueva, que completa definitivamente á la primera. En efecto, la confesion no determina uno ó varios hechos sobre los cuales esté llamado á sentenciar el juez, sino que por el contrario, apartándolos de su decision, limita segun los casos, más ó ménos el litigio.

2) Si la confesion se funda en un error, puede el que la hace eximirse de sus consecuencias por medio de la restitucion, la cual sólo el pretor podía concederla, segun el antiguo procedimiento *(a)*.

La restitucion se obtiene mediante las siguientes condiciones: el error ha de serlo de hecho; no error de derecho (*b*); no debe provenir de una negligencia extremada (*c*), y debe probarse que realmente hubo *error*, no bastando que se dedujere sólo del hecho empezado (*d*). Esta regla importante, expresada de un modo formal en las fuentes del derecho, es la consecuencia necesaria de que la confesion no siempre tiene por fin rendir un homenaje á la verdad, pudiendo ser determinada por un sentimiento distinto, tal como sería el hacer una donacion (§ 303). Tampoco se puede, por lo demás, probar de otro modo la existencia de otras dos condiciones, á saber, que el error es puramente de hecho y no procede de negligencia extrema.

Dichos principios se aplican de la misma manera á la *confessio* que á la *interrogatio* (nota *a*).

(*a*) L. 7, de confessis, (XLII, 2); L. 11, § 8, de interr. (XI, 1). Vemos aquí uno de los numerosos casos en que la restitucion se concede por causa de error, contra los actos del procedimiento. V. t. II, p. 419 y 420.

(*b*) L. 2, de confessis, (XLII, 2); C., 3, X, de confessis, (II, 18); C., 2, de restit. in VI, (I, 21).

(*c*) L. 11, § 11, de interr. (XI, 1): «nisi culpa dolo próxima sit.»

(*d*) C., 3, X, de confessis, (II, 18): «si de hujusmodi potuerit errore docere.»—Se trata siempre de establecer por medio de hechos exteriores probables, el orígen de la opinion errónea. Hállanse ejemplos de esta clase de prueba en la L. 11, 8, de interr. (XI, 1).

Con respecto á ésta la restitucion anula el cuasi-contrato (§ 305, *r*). En cuanto á la pena en que se incurre por una declaracion falsa (§ 305, *x*), la prueba, aún del error, excluye toda idea de falsedad *(e)*.

He de señalar todavía aquí la íntima analogía existente entre la confesion equivocada y la *condictio indebiti*. En ambos casos se trata de establecer el error, que debe ser un error de hecho y no provenir de exceso de negligencia. Hablaré dentro de poco sobre dicha analogía.

3) No siempre es necesaria una restitucion formal.

El que en presencia del pretor ha hecho una confesion y quiere retirarla ó modificarla ántes que su adversario hubiese sufrido perjuicio, no tenía necesidad para esto de pruebas ni de restitucion. Segun la *litiscontestatio*, es decir, ante el *judex*, no era permitido esto sin presentarse de nuevo ante el pretor y obtener la restitucion *(f)*.

Cuando el hecho empezado debía ser reconocido como imposible en virtud de las reglas del derecho, la restitucion se hacía inútil y el *judex* romano debía rehusar todo efecto á semejante confesion. Así, desde que una accion noxal, motivada por un acto de un esclavo ó de un hijo, se dirigía contra el supuesto dueño ó padre, y este sobre las preguntas del demandante se reconocía investido de la *potestas*, esta confesion bastaba para considerarle deudor y consignarle la deuda del señor ó del padre verdadero. Pero si más tarde se llegaba á establecer que el autor del acto que formaba la base de la accion no era ni esclavo ni hijo, sino libre é independiente, ó bien el demandado era incapaz, sea para tener la propiedad del esclavo, sea para obtener el poder paterno, como de ménos edad que el pretendido hijo, en todos estos casos la confesion no producía efecto alguno *(g)*.

Muchos autores han exagerado sobre manera la importancia de la prueba de la imposibilidad; pero tal es en realidad su única influencia. Sin duda, todo hecho imposible es

---

(*e*) L. 11, § 5, 10, 11, de interr., (XI, 1).

(*f*) L. 11, § 12, de interr., (XI, 1): «licere responsi pænitere.» L. 26, § 3, de nox. act., (IX, 4).

(*g*) L. 13, 14, 16, de interr., (XI, 1). Hé aquí lo que expresan los textos citados por estas palabras: «quia falsæ confessiones naturalibus convenire deberent» et «si id, quod in confessionibus venit, et jus et naturam recipere potest.»

al mismo tiempo un hecho falso, y la prueba de esta falsedad sirve de base á la prueba del error cometido por el que ha confesado el hecho como verdadero. Esto no ofrecía la prueba completa del error, porque una cosa imposible lo mismo que una falsa, puede ser afirmada conscientemente y por consecuencia sin error. No se puede decir con otros autores que la prueba de la imposibidad basta y excusa de probar el error. Así, desde el momento que cualquiera se reconocía autor del acto no le basta para revocar la confesion establecer una coartada.

Porque si resulta de la coartada que no pudo ser el autor del acto, no se puede considerar de ninguna manera que la confesion fuera hecha por error. En tal caso, por el contrario, el error es poco probable, y no se podría admitir sino recurriendo á las más aventuradas suposiciones.

§ CCCVII. *De lo que suple al juicio.— Confesion judicial.— Revocacion.* (Continuacion).

Los principios que acabo de exponer sufren excepciones siempre que una denegacion maliciosa entraña una condena en el doble del valor (ubi lis inficiando crescit in duplum) (§ 301). La confesion toma entónces el carácter de una transaccion hecha para eludir el peligro de la condena; por esto no puede revocarse alegando error y la restitucion no se admite aún cuando el error fuese probado (*a*).

Hállase aquí la analogía ántes señalada (§ 306) entre la revocacion de la confesion y la *condictio indebiti*: en efecto, la *condictio indebiti* no se admite en semejantes circunstancias (*b*), porque el pago no es el cumplimiento de un compromiso cierto, sino una transaccion que se hace para huir del peligro de una condenacion más fuerte.

Dicha excepcion debía, pues, aplicarse igualmente á la *actio judicati* et *depensi* que á la accion resultado de un *legatum damnationis* por una suma determinada. Si los antiguos jurisconsultos no la mencionan, procede esto de la

---

(*a*) La excepcion no se aplica á las *interrogationes*, sino sólo á la *confessio in jure* propiamente dicha.

(*b*) § 7, J., de obl. quasi ex contr. (III, 27); L. 4, C., de cond. ind. (IV, 5).

naturaleza de las deudas, que eran simplemente deudas de dinero. Como todo sucedía entónces ante el pretor, sin *judex* (§ 304), faltaban el tiempo y la ocasion para revocar la confesion. Sólo debo examinar dos acciones de esta especie, la *Actio L. Aquiliæ* y la que resulta de un *legatum damnationis*, que tiene por objeto una cosa determinada distinta de la suma de dinero.

Cuando la *actio L. Aquiliæ* se ejercita porque ha sido muerto ó herido un esclavo, si el demandado confiesa el hecho, se obliga, confesando, á la simple reparacion del daño, sin que pueda esperar restitucion, áun cuando ofreciese probar su error. El motivo perentorio de esta importante decision es, como ya lo he dicho, el carácter de transaccion impreso á la confesion, que proteje al demandado contra el riesgo de una condena á doble reparacion (§ 304, *i*). Pero este riesgo y la obligacion absoluta que de él se deriva se limitan al acto personal del demandante. Si, pues, la revocacion de la confesion se funda en que el esclavo está vivo todavía ó, en su caso, en que no recibió herida, se admite la restitucion por causa de error, como en otra accion cualquiera. Además existe otra razon que, independientemente de la prueba del error, bastaba para que la accion fuese rechazada. En efecto, si el esclavo no ha muerto ni ha sido herido, la accion cae por su base, pues no hay daño cuya estimacion sola pudiera dar lugar ni materia para condenar (*c*). La imposibilidad, de otra parte, no es de ningun modo la razon decisiva; porque la imposibilidad del acto atribuido al demandado podría resultar de una coartada y, sin embargo, esta prueba no destruiría la obligacion creada por la confesion.

El segundo caso, del cual vamos á ocuparnos, es el de un *legatum damnationis*, que tiene por objeto una cosa determinada distinta de una suma de dinero. Cuando, fundándose en la demanda del legatario, el heredero se reconoce como deudor del legado, su obligacion es definitiva y absoluta, aunque pudiese probar que la cosa legada no había existido nunca ó que no existía en aquel momento (*d*). En

---

(*c*) L. 24. ad L. Aqu. (IX, 2).

(*d*) L. 3, de confessis (XLII, 2); «Julianus ait confessum *certum se debere* legatum, *omnimodo damnandum*, etiamsi in rerum natura non

estos dos casos es nulo el legado *(e)*, y por consecuencia, la obligacion de la entrega se hace imposible: en donde vemos que dicha imposibilidad del hecho confesado (se *debere* legatum) no influye nada en la obligacion. En este caso, como en el que precede, la confesion tiene la naturaleza de una transaccion, pues el heredero dá sólo el valor del legado *(f)*, sustrayéndose por esto al peligro de una condenacion más peligrosa.

Estos casos excepcionales en que la confesion obliga de una manera absoluta, sin restitucion por causa de error, no tienen aplicacion alguna en el derecho actual. En efecto, la institucion designada en el epígrafe: *lis infitiendo crescit in duplum*, forma una parte especial y enteramente positiva de las penas privadas de los romanos, completamente extraña al derecho actual. Las excepciones de que acabo de ocuparme, que no son otra cosa sino consecuencias de esta institucion, no existen tampoco para nosotros.

He procurado conciliar las contradicciones aparentes de los textos del derecho romano en esta materia. Autores modernos han propuesto otros medios para llegar al mismo fin. Si mis explicaciones son precisas, no tengo necesidad de exponer ni refutar las propuestas por los mismos *(g)*.

---

fuisset, etsi jam a natura recessit, ita tamen, ut in æstimationem ejus damnetur, *quia confessus pro judicato habetur*.» Parece contradecirse este texto en más de un respecto con los siguientes: L. 8, eod: «*Non omnimodo* confessus condemnari debet rei nomine quæ an in rerum natura esset incertum sit.» Pero no se dice, se tratará aquí de un *legatum damnationis*, y las frases indeterminadas de esta ley, son perfectamente aplicables á cualquiera otra accion. L. 5, eod.: «Qui Stichum debere se confesus est, sive mortuus jam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est.» Segun el epígrafe de este texto, Ulpiano habla aquí de una deuda resultado de la estipulacion: pero no podemos concluir nada de este fragmento aislado, porque la obligacion debia necesariamente tener aun otra causa, sobre todo al ser la muerte del esclavo posterior á la *lit. cont.*, y en este caso la obligacion no puede resultar sino *del dolus*, de la *culpa* ó de la *mora* del demandado. V. § 272. 273, nota *l*.

(e) L. 108, § 10; L. 36, § 3, de leg. I (XXX, un.), § 16, J., de leg. (II, 20).

(f) L. 61, in f., ad L. Falc. (XXXV. 2): L. 71, § 3, de leg. I (XXX, un).

(g) Bayer, Vorträge, p. 305, 310, es quien se aproxima más á la verdad: admite, sin embargo, la imposibilidad y el error como dos causas distintas de retractacion, de suerte que la imposibilidad excusa de probar el error. De igual modo Bethemann-Hollweg, p. 272, 273, concede

§ CCCVIII.—*De lo que suple al juicio.—I. Confesion judicial.—Derecho actual.*

Podría creerse á primera vista que toda la materia de que acabo de ocuparme no tiene aplicacion entre nosotros; pues «la confessio *in jure*» y la «interrogatio *in jure*» han debido desaparecer con el antiguo *ordo judiciorum*. A contar desde el tiempo de Justiniano no existia ya recuerdo alguno del *ordo judiciorum*, y sin embargo se incluye el asunto en el Digesto como si estuviese en vigor; debemos, pues, admitir, porque este es el sentido de la legislacion justinianea, que despues de la fusion del *jus* y del *judicium*, las antiguas instituciones continuaron subsistiendo como *confessio* é *interrogatio in judicio*.

A esto precisamente se refiere la cuestion importante sobre la cual autores modernos autorizados no profesan idénticas opiniones: las reglas del derecho romano ántes expuestas, ¿son aplicables en la actualidad (*a*)? A mi juicio la mayor parte de las decisiones del derecho romano sobre la materia y las más importantes subsisten, no como leyes positivas, sino como consecuencia natural de la institucion, salvo algunos pormenores secundarios puramente positivos sin aplicacion para nosotros.

Nada ha contribuido desde luego á oscurecer los verdaderos principios en la materia, como el punto de partida adoptado de ordinario por los autores. Comienzan por afirmar la confesion como un género de prueba que consiste en una declaracion acerca de hechos contra los cuales debería presentarse una prueba. Despues dividen este género en dos especies, la confesion judicial y la extrajudicial, segun que la declaracion se verifica en presencia del juez ó no; pero esta distincion secundaria no impide considerar á

---

una gran importancia á la imposibilidad en sí, relegando el error á un puesto secundario. Weber, p. 5 , 64, los confunde. Linde, § 256, asienta como regla que la retractacion es inadmisible, pues limita la regla por una multitud de casos, si bien aislados, excepcionales.

(*a*) Heffter, p. 290. 291, resuelve la cuestion afirmativamente; Bethmann-Hollweg, p. 301, negativamente.

ámbas especies de confesion como pertenecientes á un género solo, único.

Mi punto de partida es del todo diferente: es el que he indicado ántes (§ 306). La confesion judicial y la extrajudicial tienen una denominacion comun y una naturaleza esencialmente diversa, llevándonos el estudio profundo de sus diferencias á resolver la cuestion que nos ocupa, á saber: ¿hasta qué punto las reglas y los principios del derecho romano relativos á la confesion son aplicables al derecho actual?

La confesion judicial es una declaracion sobre puntos litigiosos hecha ante el juez por una de las partes; la esencia y la eficacia de esta declaracion consiste en determinar los puntos afirmados por las partes y los que no lo han sido. Además, como la única mision del juez está en declarar sobre los objetos litigiosos la confesion judicial, limita y circunscribe sus funciones. Así, pues, á diferencia de lo que sucedería en una prueba verdadera, la cual sería para el juez motivo para resolver en uno ú otro sentido, la confesion designa los objetos acerca de los que debe abstenerse de decidir, puesto que quedan fuera del litigio. Vemos, segun lo que precede, que la confesion judicial constituye una verdad formulada (§ 303).

Es evidente que la confesion judicial puede alcanzar simplemente á los hechos, puesto que ellos pueden ser su objeto, y con frecuencia áun al objeto principal de un litigio. Para hablar con todo rigor deberíamos decir, no que la confesion prueba el hecho, sino que excusa, vista la prueba; distincion que, por lo demás, no tiene importancia en la práctica.

Mas la confesion judicial puede alcanzar tambien á las relaciones jurídicas, y este es el círculo de accion en que verdaderamente desarrolla su influencia.

Toda confesion judicial puede ser revocada despues de una restitucion acordada por el juez. Pero ha de fundarse en un error, error de hecho sólo, y que no provenga de extremada negligencia. Para que el juez admita el error como motivo de la confesion se necesitan circunstancias que, concurriendo en aquél le den un carácter probable (§ 306, *d*). La simple prueba del hecho confesado como falso ó áun como imposible no basta, sin la del error, para obtener la restitucion.

Tales son acerca de la confesion judicial las reglas del derecho romano que he procurado desenvolver, las cuales no contienen nada que deba considerarse como puramente positivo ó que afecte á la organizacion judicial de los Romanos. Vemos, por el contrario, el simple desarrollo de la institucion, fundado en las necesidades de la práctica. No existe nada en el procedimiento comun de Alemania que se oponga á la aplicacion completa de las reglas citadas.

De otra parte el derecho romano nos ofrece ciertos puntos, poco importantes en verdad, cuya aplicacion es hoy imposible, lo cual no ha presentado duda alguna en la práctica: voy á resumirlos brevemente.

1) No cabe cuestionar acerca de la distincion establecida entre la *confessio in jure* y la *interrogatio in jure*; desde el tiempo mismo de los Romanos estas distinciones habían perdido todo valor práctico, no conservando sino una significacion histórica. Así, pues, que la confesion fuere provocada por la parte contraria ó por una decision del juez, que afecte á un hecho prejudicial ó al fondo del proceso, son circunstancias indiferentes en la actualidad.

2) Las penas impuestas por el derecho romano contra los que formulaban una declaracion falsa ó rehusaban responder (§ 305), son ciertamente extrañas al procedimiento de los tiempos presentes.

3) No significaba desde luego la obligacion absoluta, sin esperanza de restitucion, establecida excepcionalmente por el derecho romano en el caso de la *actio legis Aquiliæ* y de la accion resultante de un *legatum damnationis* (§ 307). Dicha prescripcion es una simple consecuencia de la condenacion al doble del valor; pertenecía al sistema de las penas privadas que el derecho moderno no admite. La excepcion relativa al *legatum damnationis* es, sobre todo, inaplicable, porque no solo no existe entre nosotros esta forma especial de legado, sino que además Justiniano la había abolido legalmente asimilándola al resto de los legados (*b*).

4) En derecho actual la confesion judicial no suple nunca al juicio de tal suerte que le haga inútil. El juicio debe siempre resolverse, si bien ha de serlo en consonancia

---

(*b*) L. I, C., communia de leg. (VI, 43), § 2, J. de leg. (II, 20).

con el contenido de la confesion. Esto había sido regla constante en el derecho romano, salvo el caso en que la confesion versaba sobre una suma de dinero determinada (§ 303), y aun dicha excepcion había desaparecido despues de la abolicion del *ordo judiciorum* (§ 304). Así, pues, bajo esta relacion el procedimiento actual no difiere en nada del procedimiento romano.

Se llama confesion extrajudicial toda declaracion acerca de una cosa litigiosa hecha por una de las partes ante una persona designada por el juez para conocer en el litigio, lo que comprendía las declaraciones privadas, escritas ú orales, y aun las declaraciones judiciales hechas con motivo de un proceso distinto. Esta confesion es puramente un medio de prueba, áun cuando cabe el que presente á veces prueba completa; porque cada uno puede volver contra sí un testimonio digno de fé (*c*).

Como medio de prueba no puede alcanzar dicha confesion sino á hechos, no á relaciones jurídicas. Sin embargo, como toda relacion de derecho descansa en hechos, y como frecuentemente la cosa es de tal modo sencilla que el hecho sólo puede ser rechazado, una declaracion acerca de una relacion de derecho puede, segun las circunstancias, presentar la prueba completa del hecho (§ 304). Así, por ejemplo, el que declara en una carta *deber* cien escudos por préstamo, ó como precio de una adquisicion, reconocía implícitamente haber *recibido* los cien escudos prestados ó haber *prometido* los cien escudos que constituían el precio de la venta. Además, estos son hechos susceptibles de ser probados completamente por una confesion extrajudicial.

Es dado revocar y anular la confesion extrajudicial probando de un modo completo lo contrario de lo confesado. Aquí no hay necesidad de obtener la restitucion, ni de establecer error de ninguna especie, precisamente porque esta confesion no es un acto que obliga, sino un simple medio de prueba.

(*c*) En Prozesz, § 292, 299; Martin, § 128. Bethmann-Hollweg, mismo que en general trata bien este asunto, no parece poseer ideas muy claras sobre este punto. Así. p. 310, admite la confesion judicial como verdad *de forma* y en la p. 311 admite contra esta confesion la simple prueba del hecho contrario, sin necesidad de error probado.

Los autores que se han ocupado acerca del procedimiento han desconocido dicha distincion, en gran parte esencial entre ámbas especies de confesion, siendo esta la causa de que no hayan tratado el asunto de una manera satisfactoria.

El modo como la ley prusiana trata esta materia, es muy notable (*d*). En general sigue los principios adoptados por los comentaristas del derecho comun, que consideran la confesion judicial y la extrajudicial como simples medios de prueba y como dos especies de un mismo género. Pero en los pormenores se liga singularmente al derecho romano y á sus verdaderos principios.

Si el demandado admite por completo las pretensiones del demandante, no hay propiamente juicio; pero el acto de este reconocimiento debe ser publicado como un juicio susceptible de ejecucion. Refiérese esto, por lo que toca á los puntos esenciales, á la *confessio in jure* del antiguo derecho romano.

Toda confesion puede ser revocada; pero por lo mismo no basta probar lo contrario de lo confesado, sino que es necesario establecer en todos los casos el error, es decir, asignarle motivos razonables. Contra toda revocacion se levanta la presuncion de la verdad confesada; pero es más ó ménos poderosa la presuncion segun las circunstancias, es decir, que el juez debe admitir muy dificilmente la revocacion de una confesion judicial hecha en un proceso actual; ménos difícilmente la de una confesion en proceso distinto y ménos aún por último cuando se trata de una confesion extrajudicial. Esta graduacion corrige en mucho el vicio del punto de vista fundamental.

§ CCCIX.—*De lo que suple al juicio.*—II. *El juramento.* Introduccion.

Fuentes:

Dig. XII, s (de jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali).

Cod. IV, I (de rebus creditis et jurejurando).

(*d*) Allg. Gerichtsordnung, 1, 8, § 14, 16; 11, 10, § 27, 82 y § 88, *b*.

Paulo, II, I.

Autores:

Malbranc, doctrina de jurejurando. Nor. 1781, 8 (se encuentran numerosos pormenores relativos á la práctica).

Zimmern Rechtsgeschichte, t. III. § 127, 135, 150.

Puchta. Cursus der Institutionem, 2.ª ed., t, II, § 173, 174.

(Estos dos autores han tratado el aspecto histórico del asunto).

El juramento es una afirmacion hecha bajo la invocacion de una cosa objeto de nuestro culto ó que merece todo nuestro respeto (*a*). El juramento dá cierta garantía de la verdad de la afirmacion, es decir, de la buena fé del que afirma; porque se supone que la veneracion por el testimonio invocado no admite la idea de falsedad (*b*).

La seguridad dada bajo la fé de juramento, puede referirse al porvenir ó al pasado:

I) Al porvenir garantizando una determinacion futura y actos conformes á la misma. Los Autores modernos llaman *jusjurandum promissorium* este juramento, cuyo carácter jurídico no puede ser si no una obligacion que confirma una promesa.

II) Al pasado, y entónces garantiza la verdad de la declaracion en tal forma hecha. Los autores modernos llaman á este juramento *assertorium*. Segun su naturaleza general no puede versar sino sobre hechos; no es, pues, más que un simple medio de prueba cuyo estudio pertenece desde luego á la teoría del procedimiento. Tal es el juramemento de los testigos citados en un proceso; lo mismo que el juramento supletorio y el de la purgacion prestada por las partes.

Pero en derecho romano el juramento deferido (*jusjurandum delatum*) reviste un carácter especial, pues en cier-

---

(*a*) El derecho romano deja á este respecto la más amplia libertad. Así se podia jurar *per salutem tuam, per caput tuum vel filiorum, per genium principis*, ó *proviæ superstitionis*, pero no *improbatæ publice religionis*; este último juramento está prohibido, y no goza los efectos generales al juramento atribuidos. L. 5, pr. § 1, 3 de jur. (XII, 2). Los cristianos no juran sino en nombre de Dios, sean los que fueran los términos que empleen.

(*b*) Ciceron, de Officiis, III, 29.» Est enim jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmate, *quasi Deo teste*, promiseris, id tenendum est.»

tas circunstancias basta él sólo para terminar el litigio; por tanto suple al juicio, y bajo este concepto es bajo el que debe ocupar nuestra atencion.

Para abrazar de un modo completo el conjunto de la materia es necesario indicar brevemente las aplicaciones del *jusjurandum promissorum*. Dichas aplicaciones son de especie tan diferente que el derecho de obligaciones se vé en la imposibilidad de reunirlas todas bajo un punto de vista comun. Al ménos así sucede hasta hoy.

Este juramento existe lo mismo en derecho público que en derecho privado: en el primero tenemos el de los soldados, funcionarios y tutores; en el segundo sus aplicaciones tienen poca importancia. Hé aquí las que nos presenta el derecho romano:

1) La más notable y especial se refiere á los servicios de los esclavos manumitidos, contra los cuales tenía el patrono una accion si se habían comprometido por medio del juramento. La utilidad de esta forma de derecho sería evidente si el compromiso había podido crearse durante la duracion de la esclavitud, porque el esclavo no podía obligarse, segun las formalidades de ordinario empleadas para los contratos. Además, precisamente en este caso, el juramento mismo no daba lugar á una accion, sino cuando había sido prestado despues de la manumision; pero aquí ahora la estipulacion ordinaria era igualmente válida, de modo que había que escoger entre la estipulacion y el juramento. El empleo de una de estas formas se esplica muy bien, admitiendo que el juramento se prestaba durante la esclavitud y sin dar lugar á ninguna accion, sino que por respeto al compromiso religioso se renovaba despues de la manumision, y entónces daba ya lugar á una accion (*c*).

He dicho en otra parte (*d*) que toda *capitis deminutio* del patrono llevaba consigo la pérdida del derecho fundado en semejante juramento.

2) Todo acto jurídico capaz de controversia por ciertas vías de hecho, se hacía inatacable cuando había sido confirmado por el juramento. Este principio abstracto es extraño

---

(*c*) L. 7, de op. libert. (XXXVIII, 1); L. 44, de lib. causa (XL, 12).
(*d*) Gayo, III, § 83, § 1, J. de adqu. (III, 10). V. t. I, p. 321.

al derecho romano propiamente dicho. La restitucion considerada en general, sobre todo en lo que concierne á los menores, es la única que se abandona á la libre apreciacion del juez *(e)*; existiendo un rescripto imperial en que un menor, el cual verdaderamente había interpuesto alzada ante el emperador y exigía la restitucion contra una venta, vió rechazada su demanda, entre otros motivos, porque habiendo sido confirmado el contrato por el juramento, su anulacion implicaría un perjurio *(f)*. Más dicho rescripto en el que evidentemente se tomaban en consideracion todas las circunstancias particulares del caso, no puede ser estimado como una regla abstracta establecida para toda clase de juramento de los menores: ni en la intencion de su autor ni en el espíritu de la compilacion se nota nada que lo pruebe; este rescripto demuestra únicamente que el juramento puede considerarse incluido entre los motivos que hacen se rechace la restitucion. Sin embargo, en el siglo XII este texto fué objeto de controversia para los jurisconsultos, atribuyéndole muchos dicho sentido general y abstracto, y el emperador Federico I, adoptando esta falsa interpretacion, le ha confirmado por una ley, reconocida despues como parte integrante del derecho romano *(g)*. Los decretos pontificios, han admitido el principio precisándolo *(h)*.

3) El que rehusa ejecutar una transaccion ó un contrato hecho bajo la ley del juramento, incurre en infamia *(i)*.

4) El que ha jurado *per genium principis* hacer un pago y falta á su promesa, debe ser azotado *(k)*.

5) La decision pronunciada por un árbitro daba lugar á una accion si el compromiso había sido confirmado por el juramento *(l)*; esta disposicion fué abolida despues *(m)*.

6) Finalmente, la prestacion de un juramento añadido como condicion á un acto jurídico, y entónces el juramento,

---

(e) L. 3, de in int. rest. (IV, 1); L. 24, § 1, 5, de minor. (IV, 4).
(f) L. 1, C. si adv. vend. (II, 28).
(g) Auth. Frid. *Sacramenta puberum*, C. si adv. vend. (II, 28). V. Savigny, Historie du droit romain an moyen age. IV, p. 45.
(h) C. 28, X, de jurej. (II, 24); C. 2, de pactis in VI, (I, 18.)
(i) L. 41, C. de transact. (II, 4).
(k) L. 13, § 6, de jurej. (XII, 2).
(l) L. 4, C. de recept. (II. 56).
(m) Nov. 82, C. XI, Auth. *Decernit*. C. de receptis (II, 56).

como todo otro hecho, puede dar nacimiento á una obligacion ó extinguirla (*n*). Para la institucion de heredero y para los legados, la *conditio jurisjurandi* está expresamente prohibida: cuando sin embargo, se encuentra en un acto de última voluntad, la disposicion se reputa como pura y simple y el acto del cual se trata se convierte en *modus* (*o*).

El juramento deferido, del cual voy á ocuparme exclusivamente, descansa en el principio de que cualquiera que se halla frente á frente de otra persona comprometida en una relacion de derecho incierta y dudosa, la puede fijar por medio del juramento. Esta constituye entónces una verdad formal, lo mismo que la confesion judicial (§ 303). Tambien le es dado, bajo ciertas condiciones, causar la decision completa del litigio y entónces suple al juicio, que se hace inútil.

Si debemos esperar por esto á que cada una de las partes pueda exigir que se decida el litigio por su propio juramento, la institucion sería muy peligrosa para la estabilidad del derecho; en su caso dependería del azar, de la prioridad en ofrecer el juramento. Ninguna de las partes puede pues, por sí misma recurrir al juramento (*p*). Lo que significa nuestro principio es que cada una de las partes puede deferir á la otra el juramento, y que éste, así prestado, vale como decision del litigio. El sentido de dicha institucion está en que una de las partes fiándose de la moralidad, de la religion de su adversario, supone no jurará sin estar convencido de la justicia que le asiste, esto es, de la verdad de sus aseveraciones. El que defiere el juramento, se hace cargo, no de que será prestado, y sí, por el contrario, de que no lo será, que en el temor de perjurio, el adversario renunciará expontáneamente á sus pretensiones.

Puede verificarse así en circunstancias muy diversas.

1) Antes de empeñarse el proceso (juramento extraordinario);

2) En el curso del proceso y ante el pretor (*in judex*);

(*n*) L. 19, § 6, de don. (XXXIX, 5): L. 39, de jurej. (XII, 2).

(*o*) T. II, p. 272, 273.

(*p*) L. 3, pr., de jurej. (XII, 2): «...nan si reus juravit, nemiue ei jusjurandum deferente Prætor id jusjurandum non tuebitur, sibi enim jurabit: aliaquin facilimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit.»

3) En el curso del proceso y ante el *judex* (*in judicio*).

En cuanto al punto principal, la verdad en la forma que resulta del juramento, el derecho romano incluye los tres casos en una clase: los dos últimos presentan, no obstante, las siguientes particularidades: En el segundo y tercer caso la simple prestacion del juramento constituye para el adversario una especie de necesidad y de precision que no existe en el primero.

El segundo puede además tener consecuencias especiales y más graves.

Independientemente de la prestacion del juramento, existen otras circunstancias importantes que deben ocupar nuestra atencion.

A) La remision del juramento (*remissio*) cuando el adversario consiente y se dispone á jurar.

B) El juramento referido (*relatio*). Aquí se hallan la misma relacion y consecuencias idénticas á las notadas en el juramento deferido, sólo que la posesion de las partes es inversa.

Las diferentes proposiciones que preceden deben ser desarrolladas ahora sucesivamente por las fuentes del derecho y justificadas: hé aquí el plan que habré de seguir en la investigacion:

A) Derecho romano.

I) Juramento deferido.

II) Prestacion.

III) Contenido posible del juramento.

IV) Forma del juramento.

V) Remision.

VI) Efectos generales.

VII) Efectos especiales, segun los diferentes estados del proceso.

B) Derecho actual.

§ CCCX. *De lo que suple al juicio.—II. El juramento.—Juramento deferido, prestacion, contenido, forma, revision del juramento deferido.*

1) Juramento deferido.

Del acto puramente libre por el cual una de las partes defiere á la otra el juramento, derivan todas las consecuen-

cias que forman la esencia de la institucion. Así, el juramento prestado expontáneamente no tiene ninguna eficacia (§ 309, *p*).

Puede ser este deferido con motivo de un proceso ó sin él, por el demandante primitivo, ó por el que llega á serlo, y cuando ambas partes desean deferirlo, el demandante tiene preferencia (*a*).

Pero la regla no tiene importancia práctica, porque el juramento deferido, puede ser siempre referido y los dos actos gozan la misma eficacia (§ 312, *c*, *g*).

El acto libre por el cual se defiere el juramento no está exento de dificultades, pues pone la decision del proceso en manos del adversario, participando así de la naturaleza de la enajenacion (*deteriorem facit conditionem*). Por esta causa es por la que el impúbero no puede definir el juramento sin su tutor (*b*); el menor sí, pero goza del recurso de la restitucion (*c*); el que ha sido declarado pródigo es en absoluto incapaz (*d*). El deudor insolvente no tiene derecho para deferir juramento en perjuicio de los acreedores (*e*). Pertenece al tutor ó curador de la parte, al procurador, si el poder es especial á este extremo, se aplica á la universalidad de los bienes ó si es *in rem suam* (*f*). El esclavo ó el hijo de la parte no tienen capacidad para deferir el juramento, sino cuando el litigio afecta á su peculio, si goza la libre administracion del mismo (*g*).

II) Prestacion del juramento.

Este acto libre no puede causar perjuicio á su autor, pero sí procurarle una ventaja, que es por lo que se le asimila á una adquisicion (*meliorem facit conditionem*).

En su consecuencia, cada uno, sin consideracion á la edad, áun el impúbero, es capaz para jurar; porque el adversario acepta el peligro al cual se expone (*h*).

(*a*) Paulo, 11, I, § 2.
(*b*) L. 17, § 1, de jurej. (XII, 2).
(*c*) L. 9, § 4, eod.—L. 4, C., eod. (IV, 1), ley que debe explicarse por el texto citado del Digesto: así, *pupillus* equivale á *quondam* pupilus.
(*d*) L. 35, § 1, eod.
(*e*) L. 9, § 5, eod.
(*f*) L. 17, § 2, 3; L. 18, 19, 34; L. 35, pr., eod.; L. 7, C., eod., (IV, 1).
(*g*) L. 20, 21, 22, eod.
(*h*) L. 26, pr.: L. 42, pr., eod. Las palabras de la ley 34, § 2, eod.: «pupillo non defertur jusjurandum» aparecen en contradiccion con lo que anticipo; pero por esto se debe sólo entender que el impúbero no está tan

El procurador de la parte y el demandado sin mandato pueden prestar el juramento que les es deferido, pero no están obligados á hacerlo (*i*).

En un proceso relativo á un peculio pueden jurar el esclavo y el hijo, áun cuando no tengan la libre administracion del peculio (*k*). El padre puede igualmente jurar que el hijo no debe nada (*l*).

Pero si estas personas rehusan jurar y referir el juramento, surgen las mismas restricciones entónces que para el juramento deferido (*m*).

El ofrecimiento de prestar el juramento una vez aceptado, no constituye un derecho irrevocable con respecto á su prestacion; el que le ha deferido puede, por el contrario, retirar su ofrecimiento hasta que sentencie el juez (*n*).

Una cuestion muy importante y controvertida es la de saber por quién ha de prestarse el juramento deferido á una persona jurídica, porque esta no tiene sino una existencia ficticia, no poseyendo las condiciones morales que supone el juramento deferido á una persona real. Si el procurador de una persona jurídica consiente en prestar juramento, tiene desde luego derecho para hacerlo (nota *i*). Pero esto supone que el adversario ha deferido el juramento precisamente á este procurador, dándole un testimonio de confianza que es lo que forma la base del juramento: mas esta ocasion rara vez se ofrece, porque de ordinario el procurador no tiene conocimiento de los hechos litigiosos. En derecho romano son los jefes de la corporacion, como representantes de los derechos de la persona jurídica, quienes están llamados por sus condiciones á jurar, tocando examinar al adversario si tiene bastante confianza en ellos para deferirles el juramento. Segun la práctica, hoy generalmente admitida, el juramento se presta por muchos miembros de la corporacion y, conforme á los principios, estos miembros son designados por el adversario (*o*).

---

rigurosamente obligado como otra persona á prestar el juramento que se le ha deferido.

(*i*) L. 9, § 6; L. 42, § 2; L. 34, § 3, eod.
(*k*) L. 23, 24, 25, eod.
(*l*) L. 26 § 1, eod.
(*m*) L. 24, eod.
(*n*) L. 11, 12, pr., C. eod., (IV, 1).
(*o*) V. t. II, p. 297.

III. El contenido posible del juramento deferido merece un exámen sério y atento. Ante todo debo observar que el juramento expresa siempre lo contrario que las exigencias del que le defiere. Así, cuando se trata de una deuda reclamada, el juramento deferido por el demandante versa sobre la no existencia, el del demandado sobre la existencia de la deuda. Sucede así porque el juramento se defiere siempre en la creencia y en la esperanza tambien de que no será prestado (§ 309). Por esto en el antiguo procedimiento las excepciones propuestas por el demandado expresaban precisamente lo contrario de sus verdaderas pretensiones (*p*).

Por lo demás, en derecho romano el juramento podía alcanzar tambien eficacia sobre una relacion jurídica como sobre un hecho.

A) El primer caso es el más frecuente. Expresa el reconocimiento contractual de la existencia ó de la no existencia de una relacion de derecho. Pero como la relacion de derecho descansa siempre en un hecho, tambien siempre estos hechos se hallan indirectamente establecidos por el juramento. De ordinario áun el litigio es de tal modo sencillo que los dos casos dan exactamente el mismo resultado, no habiendo diferencia alguna sino en los términos del juramento.

Puede éste, de otra parte, aplicarse á toda clase de relacion jurídica y de acciones (*q*). Los casos expresamente mencionados en las fuentes del derecho dicen:

Sobre la existencia ó la no existencia de la propiedad ó de un derecho de sucesion (*r*);

Sobre la existencia ó la no existencia de una deuda (*s*);

Sobre el poder paterno ó el dominical (t);

Sobre el derecho de pactos (*u*);

Sobre el nacimiento y la *ingenuitas* de un individuo (*v*).

B) Vemos con ménos frecuencia el juramento deferido afectar á simples hechos; pero no es precisamente este el

---

(*p*) Gayo, IV, § 119.
(*q*) L. 3, § 1; L. 34, pr., de jurej. (XII, 2).
(*r*) L. 9, § 7; L. 11, pr., § 1, eod.
(*s*) L. 3, pr.; L. 7, pr.; L. 9, pr., eod.
(*t*) L. 3, § 2, eod.
(*u*) L. 13, pr.; L. 30, § 1, eod.
(*v*) L. 6, C., eod., (IV, 1).

objeto de la institucion en derecho romano. Hé aquí los casos de esta especie de los cuales tenemos ejemplos, y el hecho es aquí evidentemente decisivo acerca de la existencia de la relacion de derecho:

El demandado ha cometido ó no un robo *(w)*.

Venta de una cosa á un precio determinado *(x)*.

Formacion de una sociedad *(y)*.

Entrega de una cosa á título de prenda ó de constitucion de dote *(z)*.

Estado de preñez ó su falta en una mujer *(aa)*.

Existencia de un peculio *(bb)*.

El hecho de un juramento ya prestado sobre una cuestion litigiosa *(cc)*.

Las dos clases de casos que acabo de enumerar responden, puede decirse, casi al contrato de la *formula in jus et in factum concepta*, pero no de una manera completa y absoluta, porque la redaccion de las fórmulas estaba fijada por una regla general, y los términos del juramento se dictaban por el que defería el juramento *(dd)*.

IV.) En cuanto á la forma del juramento he dicho ya que el derecho romano admitía las fórmulas de afirmacion más divesas (§ 309, *a*). La única cosa esencial es que el juramento debía ser prestado precisamente en los términos en que es deferido, no produciendo de otro modo efecto alguno y debiendo prestarse de nuevo en la forma debida *(ee)*.

Con respecto al lugar en que se presta el juramento, el que defería el pretor debía ser prestado ante el tribunal; sólo se hacía una excepcion en favor de los enfermos y de las personas de rango superior: en estos casos el pretor mandaba se les recibiese el juramento en su respectivo domicilio *(ff)*.

(w) L. 13, § 2; L. 28, § 5, eod.; L. 11, § 1, rer. amot. (XXV, 2).
(x) L. 13, § 3, de jurej., (XII, 2).
(y) L. 13. § 4, eod.
(z) L. 13, § 5, eod.
(aa) L. 3, § 3, eod.
(bb) L. 26, § 1, eod.
(cc) L. 29, eod.
(dd) Puchta, Institutionem, t. II, § 173.
(ee) L. 3. § 4; L. 4; L. 5, pr.; L. 33, eod., si se promovían contestaciones sobre la redaccion de la fórmula del juramento, debía conocer de ellas el juez; L. 34, § 5, 8, eod.
(ff) L. 15, eod.; V. L. 12, § 5, C., eod.

V) La remision del juramento (*remissio*), hecha por el que la defiere, equivale al juramento prestado (*gg*); significando esta regla que la intencion de jurar expresada por el adversario debe aceptarse tambien como una buena prueba de su conviccion como si el juramento mismo fuera eficaz. Supónese aquí que el ofrecimiento de jurar es aceptado inmediatamente; si desde luego se rehusaba y era aceptado más tarde, suponiéndose que su autor no quiso mantenerlo ya, tal acto no valdría como remision del juramento (*hh*).

Puede hacerse esta en presencia ó ausencia del adversario, verbalmente ó por escrito, produciendo todos sus efectos áun cuando el adversario no tuviese conocimiento alguno de ello (*ii*).

El acto por el cual se remite el juramento como el por qué se defiere, participa de la enajenacion, y por tanto está sometido á las mismas restricciones en cuanto á la capacidad de su autor (*kk*).

§ CCCXI.—*De lo que suple al juicio.—El juramento.*— Efectos generales.

VI) Los efectos del juramento deferido y prestado (*a*) ó remitido son muy varios y de diferentes géneros, pero pudiendo todos referirse al principio comun de que el juramento constituye una verdad en la forma, es decir, una ficcion de la verdad, y á este respecto se coloca absolutamente en la misma línea que la confesion judicial (§ 303) y el juicio (§ 280). Esta ficcion de verdad existe, sea que el juramento verse sobre una relacion de derecho ó sobre un hecho (§ 310). Hé aquí ahora lo que expresaban los antiguos jurisconsultos al decir que el juramento, una vez prestado, no podía discutirse más que el hecho mismo de este, sin atender á un estado de cosas anterior (*b*).

(*gg*) L. 6; L. 9, § 1, eod.
(*hh*) L. 6; L. 9, § 1, eod.
(*ii*) L. 41, eod.
(*kk*) L. 32, eod.
(*a*) Los romanos designaban el juramento prestado por: *præstitum* ó *datum* jusjurandum; L. 9, pr., § 1, de jurej. (XII, 2).
(*b*) L. 5, § 2, eod.: «non aliud *quæritur* quam an juratum sit.» Lo mismo L. 8, § 1; L. 28, § 10; L. 29; L. 30, pr., eod., § 11, J. de act.

Resulta, naturalmente, de este principio, que la nueva accion engendrada por el juramento, es una «in *factum* actio» (*c*); que sobre el hecho del juramento, si se contradice, puede prestarse un juramento nuevo (*d*); que si existen muchos juramentos contradictorios el último es tan sólo eficaz (*e*), porque resume el pasado por completo y todo juramento anterior por tanto. De este modo el juramento ejerce sobre las relaciones jurídicas mismas una fuerza de trasformacion, sucediendo así porque se asimila ya al pago, ya á la aceptilacion, á la novacion, delegacion y *constitutum* (*f*).

Pero el juramento no tiene efecto sino entre las partes que lo han deferido y prestado: de suerte que no crea para los terceros derecho ni obligacion algunos (*g*). En todo caso se asimilan á las partes sus causahabientes, sus herederos, sucesores á título singular y las cauciones (*h*).

Para darnos cuenta áun más exacta de dichos efectos es preciso tener presente que la naturaleza jurídica del juramento es mixta, porque nos aparece á la vez como contrato y como acto de procedimiento obligatorio (*i*).

Así, el juramento descansa primero sobre un contrato verdadero, es decir, sobre una transaccion, pues ámbas partes están de acuerdo para terminar, siguiendo este camino sus controversias (*k*). Tal acuerdo no es dudoso áun en los casos en que el juramento toma el nombre de necesario, en efecto, si defiriendo el juramento á mi adversario,

---

(IV,6). En cuanto á este efecto el juicio, la confesion y el juramento, están colocados en la misma línea; L. 55, de re jud. (XLII, 1).

(*c*) L. 11, § 1, de jur. (XII, 2); L. 8, C., eod. (IV, 1).

(*d*) L. 29, eod.

(*e*) L. 28, § 10, eod.

(*f*) L. 21; L. 27; L. 28, § 1; L. 35, § 1, eod.; L. 40, eod.; L. 26, § 2, eod.; L. 25, § 1, de pec. const. (XIII, 5).

(*g*) L. 3, § 2; L. 9, § 7; L. 10; L. 11, § 3; L. 12, de jur. (XII, 2); L. 7, § 7, de publ. (VI, 2).

(*h*) L. 7, 8, 9, § 7, 28, § 1-3, 42, pr., § 1-3, de jur. (XII, 2).—El juramento prestado en una *popularis actio* tiene frente á frente de un tercero, la misma eficacia que el juicio, siempre que no haya prueba de falsedad; L. 30, § 3, eod.—Si se ha impuesto una pena infamante por virtud de un juramento, el condenado es infame con respecto á todos: sin embargo, este efecto es consecuencia no del juramento, sino del juicio.

(*i*) L. 26, § 2, eod.: «...proficiscitur *ex conventione*, quamvis habeat *et instar judicii.*»

(*k*) L. 2; L. 26, § 2; L. 35, § 1, eod.; L. 21, de dolo, (IV, 3).

el cual no lo exigía, se ejerce contra él una presion indirecta, éste no consiente ménos en jurar y tal consentimiento es sin duda un acto libre.

En segundo lugar nos aparece como un acto de procedimiento obligatorio (*l*), porque él procede á la vez de la *litiscontestatio* y el juicio. Refiérese á la primera bajo una doble relacion (*m*): como ella interrumpe la prescripcion (*n*), la hace inútil á veces y desde que esto suceda la sustituye, segun queda dicho ántes.

En cuanto á su relacion con el juicio (*o*) se dice lo mismo y aun que su eficacia es mayor (*p*). Significa esto que la autoridad de la cosa juzgada, institucion puramente positiva, es extraña al *jus gentium*, en tanto que el juramento, dada su naturaleza de contrato (nota *k*), pertenece al *jus gentium* (*q*). Resulta de aquí que un juramento prestado contra una obligacion destruye no sólo el derecho á la accion, sino además la parte natural de la obligacion: tambien las prendas se hacen libres y un pago posterior está sujeto á repeticion como *indebitum* (*r*).

Resulta de otra parte no ménos, y es una consecuencia más importante áun para la práctica, que los efectos del juramento no pueden invalidarse ni por la alegacion de un perjurio (*s*), y ésta alegacion no puede servir entónces de base á una *doli actio*, *exceptio*, *replicatio* (*t*). El derecho romano nuevo no hace excepcion á esta regla sino cuando un legado ó fideicomiso ha sido establecido bajo la sola fé del

---

(*l*) L. 26, § 2, eod. (nota *i*); L. 35, § 1, 2; L. 42, § 3, eod.; L. 8, C., eod.

(*m*) «...hoc jusjurandum in locum litis contestatæ succedit.»

(*n*) L. 9. § 3, de jur. (XII, 2), es decir, que segun el antiguo derecho que hacía depender la interrupcion de la *litiscontestatio*. Véase t. IV, página 205.

(*o*) L. 1, quarum rer. actio (XLIV. 5): «...vicem rei judicatæ obtinet.» Es este un resultado de la verdad de la forma atribuida á ambos y de la *in factum actio*. Véase ántes notas *b*, *c*, y tambien L. 11, § 3; L. 12, de jur. (XII, 2).

(*p*) L. 2, eod. «*majoremque* habet auctoritatem quam res judicata.»

(*q*) § 4, J. de except. (IV, 13): «...quia *iniquum ent*, de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. Esta excepcion se halla en los tres párrafos precedentes, en tanto que no se encuentra en el siguiente (§ 5, eod.). que trata de la *exc. rei jud.*

(*r*) L. 40, 42, pr., de jur. (XII, 2); L. 43, de cond. ind. (XII, 6); L. 95, § 4. de solut. (XLVI. 3).

(*s*) L. 31, in. f. de jur. (XII, 2); L. 1, C., eod. V nota *q*.

(*t*) L. 21, 22, de dolo, (IV, 3); L. 5, de except. (XLIV, 1).

juramento y se prueba despues que hubo perjurio *(u)*. Una ley imperial de Alemania, por el contrario, dice que todo juramento prestado ante un juez criminal implica la obligacion de reparar el daño *(v)*. La disposicion bastante extraordinaria del derecho romano significa evidentemente que el que defiere el juramento pone la decision del litigio en manos de su adversario, con riesgo áun de perjurio que no ha podido ignorar.

Todas las vías del derecho que pueden exigir las circunstancias están abiertas para asegurar al juramento los efectos que se le atribuyen y hemos enumerado ántes.

Si una accion es necesaria, se dá *(w)*, lo cual se aplica principalmente al juramento extrajudicial *(x)*. En la excepcion sucede lo propio y se concede desde el momento en que se la estima necesaria; así, cuando el demandante rechaza el hecho del juramento prestado, porque sin esto la accion se rechaza inmediatamente y sin excepcion *(y)*.

Los efectos del juramento y las vías legales cuyo empleo se hace necesario deben encerrarse rigurosamente en los términos del juramento prestado, sin exceder jamás su contenido. Así, el que jura que es propietario ó heredero, adquiere una accion y una excepcion *(z)*.

(u) L. 13. C., de jur. (IV, 1). La L. 1, C., eod., se ocupa en términos generales de las excepciones establecidas por esta ley, y no parece que son una interpolacion de los compiladores, pues no existe ninguna otra excepcion de la misma especie.

(v) Const. crim. Card. art. 103.

(w) L. 9, § 1, 6, de jur. (XII, 2), es una *actio in factum*. Véase nota c.

(x) L. 28, § 10, eod.

(y) L. 3, pr.; L. 7; L. 9, pr., § 1, eod.

(z) L. 9, § 7; L. 11, § 1, 3, eod. El sentido de la ley 13, § 1, eod., ha sido muy controvertido: «Julianus ait eum qui jurabit fundum suum esse, post. l. t. præscriptionem etiam, utilem actionem habere.» Muchos autores ven en este texto la prueba de que desde el tiempo de los antiguos jurisconsultos la *l. t. præscriptio* engendraba una accion. Así, suponian que en dicho texto el que ha prestado el juramento y el poseedor que ha adquirido la *l. t. præscriptio*, son una misma persona, y se le concede una accion para el caso en que más tarde hubiera perdido la posesion. Esta interpretacion es necesariamente insostenible. En efecto, si la *l. t. præscriptio* podía engendrar una accion (lo que se cree establecido por nuestro texto), ¿á qué mencionar el juramento? De otra parte, si es cierto que el juramento engendra por sí mismo una accion (nota *w*), ¿por qué hablar de la *l. t. præscriptio*? Para interpretar sanamente el texto es necesario suponer la siguiente especie: la accion de la propiedad se

Si jura que la cosa objeto del litigio no pertenece al adversario, no adquiere más que una excepcion (*aa*). Con respecto á los pormenores hallamos aquí las mismas consecuencias prácticas que cuando las acciones proceden de la propiedad, de un derecho de sucesion, un crédito, etc., y se ejercitan y están establecidas independientemente de todo juramento (*bb*).

La decision determinada por un juramento puede tener importancia cuando se trata, no de este proceso, sino de otro ulterior idéntico ó aún análogo. Es la misma influencia de la cual hemos estudiado la naturaleza con ocasion del juicio, encontrando aquí su aplicacion todas las reglas que rigen esta materia (*cc*). Así, para que el juramento prestado en el primer proceso ejerza influencia sobre la decision del segundo, se trata sólo de afirmar que ambos tienen como base una *eadem quæstio* (*dd*). La influencia del juramento como la del juicio, se ejerce sin consideracion á las circunstancias siguientes:

1) La diferencia del objeto exterior (*ee*);

2) La diferencia de la accion (*ff*); por ejemplo, el que acerca de una *furti actio* jura que no ha robado, está al abrigo de la *condictio furtiva* y recíprocamente;

3) La diferencia del papel que juegan las partes; así el juramento liga tanto al que le presta como á su adversario (*gg*).

---

ejercita contra un poseedor que niega la propiedad del demandante, y pretende además haber adquirido la *l. t. præscriptio*. En lugar de atenerse á esta prescripcion, y ante todo, expresar la prueba de la propiedad, defiere el juramento el demandante. Una vez prestado el juramento, el demandante adquiere una accion cuyo resultado es cierto (*utilem* actionem), *aun cuando* el demandado hubiese podido invocar la *l. t. præscriptio*, (post. l. t. præscriptio *etiam*). El juramento deferido (sin adicion ni reserva) sobre la propiedad, implica una renuncia á la *l. t. præscriptio*, pues el demandado, defiriendo el juramento, deja por completo en manos del demandante la decision del proceso.

(*aa*) L. 11, pr., eod.; L. 7, § 7, de publ., (VI, 2).

(*bb*) L. 11, § 1, 2, 3; L. 30, § 1, 2, 5; L. 36; L. 42, pr., § 1, de jur (XII, 2).

(*cc*) V. p. 261-262, y § 297, *d*; § 299, *e*.

(*dd*) L. 28, § 4, 7, eod.

(*ee*) L. 11, § 3, 7, eod.

(*ff*) L. 28, § 4, 6-9; L. 13, § 2; L. 3, § 4, eod.

(*gg*) L. 13, § 3, 5, § eod.

§ CCCXII. *De lo que suple al juicio.—II. El juramento. Efectos especiales, según los diferentes estados del litigio.*

VII) Efectos especiales.

He dicho anteriormente que el juramento podía deferirse en tres estados diferentes del litigio: extrajudicialmente, *in jure, in judicio* (§ 309). Ahora tenemos que establecer cuáles son los efectos especiales del juramento deferido en cada uno de los tres citados casos, no olvidando que los efectos generales enumerados en el párrafo anterior son independientes de estas diferencias. Dichos efectos se refieren todos al caso de la prestacion efectiva del juramento deferido, y son: la ficcion de la verdad, el doble carácter del juramento como contrato y como acto de procedimiento obligatorio, y, por último, la proteccion dada á la ficcion de la verdad para todas las vías legales necesarias, accion ó excepcion. Las diferencias de las cuales debemos ocuparnos ahora, se refieren, pues, sobre todo á lo que sucede entre el juramento deferido y el prestado.

1) Juramento deferido extrajudicialmente.

Este caso tiene como carácter especial que todo se deja en él al libre arbitrio del adversario. Puede prestarle ó rehusarlo de un modo expreso ó no contestar, sin que pueda sufrir coaccion directa ni indirecta alguna (*a*). Además, todo medio de coaccion sería inútil, al ménos para el demandante, porque puede, siempre que lo estime oportuno, ejercitar su accion en justicia y recurrir entónces al juramento necesario.

Así, pues, en semejantes circunstancias el juramento ofrecido y no aceptado se considera como no ofrecido (*b*); no puede cuestionarse sobre si se defiere ó no (*c*), pues que lo contrario no llevaría sino á una oferta inversa al jura-

---

(*a*) El único texto que podría invocarse tocante á la coaccion indirecta es la L. 38, de jur. (XII, 2); pero demostraré (§ 313, *f*), que dicho texto no se refiere al juramento deferido extrajudicialmente.

(*b*) L. 5, § 4, eod.

(*c*) L. 17, pr., eod. «Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest.» El juramento referido, no es sino un medio de escapar de la coaccion dándole otro giro, (nota *g*).

mento, oferta que el adversario sería libre igualmente de aceptar ó rechazar.

2) Juramento deferido ante el pretor (*in jure*).

Cuando en este estado del litigio el demandante ó el demandado defieren el juramento, el adversario no puede negarse á jurar pudiendo aún ser obligado (*d*). Pero el temor no es de ningun modo la amenaza de una pena, consiste en no dejar al adversario sino la eleccion entre las tres resoluciones siguientes:

Debe abandonar el proceso, es decir, hacer lo que exige la parte contraria ó jurar;

O referir el juramento á su adversario (*referre)*.

En los dos últimos casos no hay coaccion propiamente dicha; no existe realmente sino para el primero (*e*), revistiendo diferentes formas de las cuales hablaré luego. Por tanto, cuando el adversario rechaza expresamente tomar cualquiera de estos tres partidos, ó lo que es igual, se abstiene de toda declaracion, el contenido del juramento deferido se convierte en una verdad en la forma, procediéndose á su ejecucion por la vía de coaccion directa (*f*).

Debo observar que el adversario podia á su vez referir el juramento. Este acto tiene absolutamente el mismo carácter que por el que se defiere el juramento; sus consecuencias son de todo punto las mismas y no se cambia más que el papel que juegan las partes (*g*). Referir el juramento es considerarlo como la parte más decisiva y conveniente, como la expresion de la confianza en la lealtad del contrario (*h*). No es siempre necesario ni útil que el segundo juramente responda literalmente al primero: el juez es quien segun las circunstancias debe pronunciar (*i*).

La coaccion de que acabo de ocuparme está, sin embar-

(*d*) L. 28, § 2, de jud. (V, 1): «...nec jurare *cogendus est.*» Trátase aquí de una excepcion establecida en favor de los legados, de donde resulta que toda persona está sometida á la coaccion.

(*e*) L. 34, § 6, de jur. (XII, 2): «Ait prætor: eum, a quo jusjurandum petetur, *solvere aut jurare cogam.* Alterum itaque iligat reus, aut solvat aut juret: *si non jurat, solvere cogendus erit a prætore.*»

(*f*) L. 34, § 7, 9, eod. Hablaré más adelante (§ 313, *d*), sobre el último de estos párrafos.

(*g*) L. 34, § 7, eod.

(*h*) L. 25, § 1, de pec. const. (XIII, 5).

(*i*) L. 34, § 8, de jur. (XII, 2).

go, sometida á las siguientes restricciones. El respeto que se debe á una persona, tal como el padre ó el patrono, no impide deferirle el juramento (*k*), porque este acto solo expresa confianza y, por tanto, respeto. Unicamente, segun el antiguo derecho, ninguna presion de este género puede ejercerse contra las Vestales y contra el *Flamen Dialis* (*l*).

El impúbero no está obligado á jurar en causa propia; los procuradores y defensores están eximidos de jurar en el negocio del cual están encargados (§ 310, *i*). La persona á quien se defiere el juramento puede exigir que su adversario comience por jurar acerca de su buena fé (*jusjurandum de calumnia*); si rehusa, su negativa equivale á la remision, es decir, á la prestacion misma del juramento (*m*). La mayor parte de los autores modernos pasan en silencio la cuestion de saber si el juramento de calumnia, como condicion del temor que ha de ejercerse, está admitido por el derecho moderno. Resuelvo negativamente la cuestion fundándome en la jurisprudencia de los tribunales y en el punto nuevo de vista que deja en esta materia ménos lugar á la voluntad de las partes y hace en cambio predomine la voluntad é influencia del juez (*n*).

En segundo lugar no hay persona que esté obligada á jurar sobre aquello que desconoce, principalmente sobre los actos de un tercero que no ha presenciado. Así, por ejemplo, nadie está obligado á jurar que su contrario ha cometido un robo (*o*), que no tiene la obligacion de manumitir á un determinado esclavo, cuando se ignora si este esclavo está ó no vivo (*p*); que éste, del cual es heredero, no ha firmado un contrato (*q*). En semejantes circunstancias, para facilitar y satisfacer á la equidad, basta algunas veces

---

(*k*) L. 14, eod. Tan sólo hay una excepcion, cuando sobre una *actio rerum amotarum*, es deferido el juramento al patrono (como demandante); L. 16, eod.

(*l*) Gelio, X, 45, Véase Zimmern, § 127, nota 12.

(*m*) L. 34, § 4; L. 37, de jur. (XII, 2). Sólo el que refiere el juramento no puede exigir el juramento *de calumnia*, pues su contrario, defiriéndolo, ha probado suficientemente la lealtad de sus intenciones: L. 34. § 7, eod.

(*n*) V. Martin, Prozesz, § 226, notas *g*, *h*.

(*o*) L. 11, § 2, 3; L. 12; L. 13, pr., rer. amot. (XXV, 2).

(*p*) L. 34, pr., de jur. (XII, 2).

(*q*) Paulo, II, 1, § 4.

referir el juramento, concediéndose otras un plazo para hacer constar el estado real de las cosas (*r*). Cuando todos estos medios son insuficientes no hay que recurrir al juramento: no era esto dudoso en derecho romano, y si no lo vemos expresado así, es porque entre los romanos el juramento se defería de ordinario acerca de relaciones de derecho y, entónces, era frecuente se ocultara la dificultad. En ocasiones ha recurrido tambien la práctica moderna á un juramento sobre la simple creencia (*de credulitate*) ó sobre la ignorancia (*de ignorantia*). El primer medio es desde luego inadmisible porque no llevaría la conviccion al ánimo del juez, pudiendo convertirse en ocasion de un juramento prestado con cierta ligereza. El segundo no ofrece inconvenientes si la parte consiente en hacer que dependa la decision del proceso de la simple ignorancia del contrario; si, por consecuencia defiere el juramento en estos términos ó si acepta la sentencia del juez basada en dicho juramento (*s*).

Paso ahora á indicar los medios por los cuales el pretor pone en ejecucion la presion de cuyas condiciones acabo de ocuparme.

El juramento puede ser prestado por el demandante ó por el demandado, segun que ha sido referido ó deferido por el adversario. Mas debo notar que la remision del juramento, como la negativa á prestarlo una vez referido ó deferido, equivale á su prestacion. Estos tres casos se colocan sobre la misma línea, debiéndoseles aplicar todo cuanto voy á decir acerca de las consecuencias del juramento prestado.

Cuando el demandante ha jurado, el demandado debe satisfacer su demanda. Verifícase esto de dos modos, segun la diferencia de casos, como he explicado ántes con motivo de la confesion judicial (§ 303).

Si la accion es una *certi condictio*, es decir, si su objeto es una suma determinada de dinero, todo se halla resuelto por el juramento y el pretor previene directamente la ejecucion (*t*). En un caso semejante el juramento suple al jui-

---

(*r*) L. 34, pr., de jur. (XII, 2).
(*s*) V. Bayer, Vorlesungen. p. 391; Heffter, Prozesz, § 229, números 64, 65; Linde, Prozesz, § 301, núm. 4, § 302, números 16-18.
(*t*) L. 34, § 6 de jur. (XII, 2) «solvere cogendus erit a prætore.» La

cio en realidad y hace inútil el *judex* y la *litiscontestatio*.

En cualquiera otra clase de accion, una vez prestado el juramento, se inicia un proceso regular ante el *judex*. Pretenden sin razon muchos autores que es una *actio in factum de jurejurando* (*u*), porque es más bien la continuacion de la accion ya intentada y se ejercita de un modo ménos completo que si no hubiera habido juramento. Así, más que *litiscontestatio*, propiamente dicha, el juez no tiene que precisar el mérito de la reclamacion, sino solamente fijar el valor (§ 311, *b*), debiendo ser concebida la fórmula, sobre poco más ó ménos, en los términos siguientes:

Quod A. Agerius juravit, N. Negidium fundum Cornelianum ipsi dare oportere, quanti is fundus est, eum condemna.

De suerte que la *intentio*: *si paret dare oportere* era omitida, porque era ya conocida y estaba puesta fuera de toda duda por el juramento prestado ante el pretor, no teniendo el *judex* necesidad de probarla. Para la peticion de herencia principalmente, y de seguro tambien para todas las acciones arbitrarias, el juramento del demandante equivalía á una *pronunciatio* (*v*).

Cuando por el contrario, el juramento ha sido prestado por el demandado, todo se termina, cualquiera que sea la naturaleza de la accion. El pretor rechaza la demanda por un decreto, sin que haya necesidad por esto de una excepcion ó de un *judex* (*w*). Este decreto tiene la misma eficacia que la remision de los fines de la demanda pronunciada por el *judex* (*x*).

§ CCCXIII.—*De lo que suple al juicio.—II. El juramento.—Efectos especiales segun los diversos estados del litigio.* (Continuacion).

3) Juramento deferido ante el *judex* (*in judicio*).

---

naturaleza propia del juramento en el caso de la *certi condictio*, se muestra de un modo muy claro en la inscripcion del título en el código (IV, I): «*De rebus creditis* et jurejurando.» Paulo, II, 1, ha adoptado la misma.

(*u*) Bayer, Vorlesungen, p. 401, 402.

(*v*) L. 11, § 3, de jur. (XII, 2).

(*w*) L. 7; L. 9 pr.; L. 34, § 7, eod.

(*x*) Véase tomo V, § 284, notas *c*, d.

Comenzaré por exponer el estado de cosas que resulta del derecho de Justiniano, remontándome á los tiempos en que fué abolido el *ordo judiciorum*. Como no hay distincion entre el *jus* y el *judicium*, entre el *pretor* y el *judex*, las reglas ántes expuestas sobre el procedimiento ante el pretor se aplicaban á todo el procedimiento y, el juez llamado á sentenciar, que no es ya distinto del magistrado investido de la jurisdiccion, ejerce los derechos atribuidos antiguamente al pretor. La alternativa que pronunciaba otras veces este: *Solvere aut jurare cogam* (§ 312, *e*) se encuentra despues literalmente aplicada al *judex* (al magistrado que pronuncia la sentencia) (*a*). Nada de esto se pone en duda por los autores modernos, estando igualmente de acuerdo sobre el estado de cosas que se desprende del derecho justinianeo y acerca de la manera segun la cual debemos interpretar este derecho. Ahora bien, qué es lo que acontecía en tiempos del *ordo judiciorum*? Se cree generalmente que cuando el juramento era deferido ante el antiguo *judex*, este no tenía los mismos medios de presion que el pretor, y que todos los textos en los cuales vemos atribuir poderes generales han sido interpolados en el sentido de la innovacion verificada más tarde (*b*). Creo que esto es marchar demasiado lejos y que áun admitiendo ciertas interpolaciones, cuestion que yo no examino aquí, no se opera en el fondo un cambio esencial: comenzaré por examinar los textos que pertenecen á los tiempos antiguos.

El más importante de dichos textos procede de Ulpiano (*c*). Despues de haber citado literalmente y explicado un pasaje del edicto (en los §§ 6 y 7), describe los otros actos del procedimiento, haciendo figurar directamente al *judex* (*d*). Esta parte del texto está, se dice, evidentemente interpolada, porque Ulpiano no ha debido hablar sino del pretor. La interpolacion no es imposible, sin embargo, no es

---

(*a*) L. 9, C. de R. C. et jur. (IV, I): «... per judicem solvere vel jurare... necesse habet.»

(*b*) Keller, Litiscontestacion, p. 50, 51; Zimmern, § 135, Puchta, párrafo 174, p.

(*c*) L. 34, § 6, 7, 8, 9, de jur. (XII, 2).

(*d*) L. c., § 8: «...officio judicis;» sobre todo el § 9, todo él tan importante: «Quum res in jus jurandum demissa sit, *judex* jurantem absolvit. . *nolentem jurare reum, non solventem condemnat:*» es precisamente lo que dice el § 6, aproposito del pretor.

necesario se haya verificado. En efecto, probaré desde luego que en este procedimiento las funciones del pretor no han diferido nunca esencialmente de las del *judex*. Es, pues, de todo punto natural que Ulpiano nombre indiferentemente al uno ó al otro por lo que afecta á las mismas funciones.

Un texto de Paulo, hablando de la prueba verificada ante el *judex*, menciona el juramento prestado ante el *judex* en los términos perfectamente apropiados al derecho nuevo (*e*), texto ménos sospechoso aun de interpolacion que el de Ulpiano.

Voy ahora á examinar el asunto en sí mismo, independientemente de los testimonios aislados de los antíguos jurisconsultos.

Cuando un juramento se defiere ante el *judex* y el adversario consiente en prestarlo, su eficacia no es dudosa; porque el juramento mismo extrajudicial constituye una verdad en la forma (§ 312). La incertidumbre no puede, pues, alcanzar sino al caso de una negativa, y entónces se pregunta si el *judex* tiene los mismos medios de coaccion que el pretor. Si dichos medios hubiesen sido la condenacion de una multa, no tendría inconveniente en resolver la cuestion negativamente. Pero sólo se trata de tener como verdadero lo contrario de lo que había podido jurar el que rehusa el juramento (§ 312, *f*) y no veo ninguna razon para conceder este medio al *judex*, lo mismo que al pretor. El texto siguiente de Paulo expresa muy bien lo que se halla establecido en perjuicio del que rehusa el juramento deferido (*f*): «Manifestæ turpitudinis *et confessionis* est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.» Este texto parece escrito para justificar al *judex*, quien tratando la negativa á jurar como una confesion judicial forma la base de su sentencia, refiriéndose toda ella naturalmente al juramento deferido ante el *judex*. No se le puede referir al juramento extrajudicial porque no había entónces ninguna clase de temor y principalmente de *referre* (§ 312 notas *a*, *c*), ni al juramento deferido

(*e*) L. 25. § 3. de prob. (XXII, 3): «...licentia concedenda est ei, cui onus probationes incumbit, adversario suo... jusjurandum infere... ut judex juramenti fidem secutus ita suam sententiam posit formare.»
(*f*) L. 38, de jur. (XII, 2).

ante el pretor (*g*), los medios de coaccion, de los cuales dispone, no tenía necesidad de justificacion, pues se fundaban en la letra del edicto.

Lo que acabo de decir se halla confirmado por el proceso de Albucio en donde vemos al tribunal de los centumviros asimilar con la confesion judicial la negativa del juramento y formar la base de su sentencia (*h*). Además la posicion de los centumviros era la del *judex* y no la del pretor, ellos se sentaban como jueces, y no como magistrados.

Hay un modo de utilizar el juramento con respecto á la decision de un proceso que difiere expresamente del juramento deferido, y que segun la antigua organizacion judicial de los romanos, no podía ponerse en práctica sino ante el *judex*. Cuando el juez no halla suficientemente esclarecidos los hechos por la decision, puede mandar á cualquiera de las partes que preste juramento, al cual debe conformar su sentencia (*i*). Este caso difiere esencialmente del del juramento deferido en que no hay consentimiento prestado por las partes y, por tanto, no existe contrato. El juramento es aquí tan solo un simple medio de prueba y no se le pueden oponer títulos descubiertos posteriormente (*k*). Esta clase de juramento existe en el procedimiento moderno bajo el nombre de *juramento deferido de oficio* y *juramento de purgacion*.

No es necesario añadir que un juramento semejante, prestado ante el *judex*, no suplia nunca á la sentencia ni la hacía supérflua. No podía terminarse el litigio sino por la sentencia (*l*); pero su contenido debía ser conforme al del juramento.

La inscripcion del título del Digesto (XII, 2) está concebida así: De jurejurando, sive voluntario, sive necesario, sive judiciali. Estas son evidentemente expresiones técnicas, pero los autores modernos no están de acuerdo sobre

---

(*g*) Este es el sentido dado al texto por Puchta, § 173, *c*.

(*h*) Seneca, Controv. lib. 3, præf.

(*i*) L. 1, 31, de jur. (XII, 2); L. 3; L. 12, pr., C. eod.

(*k*) Es en esto pricipalmente en lo que las sentencias difieren de las transacciones, y el juramento es una especie de transaccion. L. 35, de re jud. (XLII, 1); L. 19, 29, C. de transact. (II, 4). V. Burchardi Wiedereinsetzung in den Vorigen Stand, p. 138.

(*l*) L. 34, § 9; L, 31 de jurj. (XII, 2).

su significacion *(m)*. Segun lo que precede, he aquí el sentido que parecen tener. *Voluntarium* es el juramento extrajudicial, porque á la parte á la cual se le defiere es enteramente libre de aceptarlo y prestarlo. *Necessarium* es el juramento deferido *in jure ó in judicio*, porque en ambos casos estaba obligado á dar satisfaccion de un modo ó de otro á la parte contraria. Finalmente, *judiciale* es el juramento impuesto por el *judex* sin que haya sido deferido por ninguna de las partes. Esta fraseología difiere de la adoptada por los autores modernos que han escrito sobre el procedimiento. Llaman ellos *voluntarium* el juramento deferido por una de las partes y que desde entónces depende de su voluntad; *necessarium* el prescrito por el juez y por tanto independiente de la voluntad de las partes. Así, pues, los autores modernos toman la voluntad y la necesidad en un sentido distinto que los jurisconsultos romanos.

§ CCCXIV.—*De lo que suple el juicio.*—II. *El juramento.—Derecho actual.*

Una vez expuestos los principios del antiguo derecho sobre el juramento, llegamos á las modificaciones que han sufrido más tarde; ya he hablado de las llevadas á cabo por la legislacion justinianea (§ 313) y debo ocuparme ahora tan sólo del derecho actual.

El punto de vista que domina esta materia es el reconocimiento de la santidad del juramento como acto religioso. Todas las innovaciones tienen como fin impedir los perjurios ó prevenir los abusos que podría estrañar un juramento fuera de lugar ó inútil. A esto se refieren los principios siguientes, que se separan de los del derecho romano.

Ante todo el juez tiene poderes más amplios, y para que el juramento sea deferido no basta, como en derecho romano, el solo acuerdo de las partes. El juez prohibe el juramento siempre que las circunstancias son de tal naturaleza que hagan presumir un perjurio. Los términos del juramento son propuestos por el que lo defiere, y segun que el adversario ha sido oido en sus explicaciones, son decreta-

---

(*m*) Donelo, lib. XXIV, C. 24; Puchta Institutionem, § 173, nota *e*.

das definitivamente por el juez. El gérmen de esta disposicion existia ya en derecho romano (§ 310, *ee*). El derecho romano permitía al impúbero prestar un juramento deferido, por la razon de que no podía sino ganar, nunca perder (§ 310, *h*): en la actualidad no se le permite. El derecho moderno no admite tampoco el juramento de calumnia (§ 312, *n*).

El juramento extrajudicial, que caería fuera de la vigilancia del juez, no está autorizado; cuando sin embargo, las partes han recurrido á él, no tiene los efectos que le atribuye el derecho romano (*a*). Muchas leyes particulares lo prohiben expresamente (*b*).

Por lo demás el juramento no es sino un simple medio de prueba, que debe deferirse únicamente sobre hechos y no sobre relaciones de derecho (tal era en derecho romano su aplicacion más frecuente). Si no obstante el juramento era deferido sobre una relacion de derecho, el juez debía rectificarlo. Esta innovacion importante es de ordinario admitida por el derecho moderno, bien que jueces poco instruidos no se conformarán alguna vez; en ocasiones esto sucedía tambien sin su conocimiento, á consecuencia de no darse una cuenta exacta del contraste de que me ocupo (*c*). Así, el juramento debe ser deferido no acerca de la existencia de la propiedad ó de un crédito, sino sobre los hechos alegados como base de la propiedad ó del crédito. El motivo de este importante principio es que una sentencia sobre una relacion de derecho implica necesariamente la aplicacion de una teoría jurídica, y esto no podría ser materia de un

---

(*a*) V. § 311, 312. Es sin razon como Linde Proszesz, § 30 num. 6 pone esto en duda. Así, segun el derecho actual la prestacion de un juramento parecido no engendra accion ni excepcion contra el que lo ha deferido, aun cuando él mismo hubiera provocado el juramento.

(*b*) Así, por ejemplo, en la Preuszen. Allg. L. R. II, 20, § 1425, 1426, 1429; Allg. g. O. I, 10, § 248.

(*c*) Este principio se reconoce por los siguientes autores: Bohmer Electa, t. II. Ex. 14. § 12: Glükc, t. VIII, § 585; Martin, § 224 (2.ª ed); Linde. § 302 núm. 15.—Bayer, Vorlesungen, p. 390, expresa una opinion diferente; sin embargo, él no invoca textos del derecho romano; por lo demás reconocía que la opinion contraria á la suya era la generalmente adoptada. Piensa que si el adversario consiente en prestar un juramento sobre una relacion de derecho, vale tanto como si fuera una transaccion. De otra parte, el derecho actual se aleja del romano, precisamente en que restringe, en cuanto al juramento, la arbitrariedad de las voluntades privadas.

juramento. La oscuridad que resulta de la mezcla de las reglas del derecho y de los hechos, puede inducir en muchos casos á un litigante á prestar un juramento que no habría prestado si las reglas y los hechos hubieran sido claramente determinados. Esto lleva á un abuso todavía más peligroso del juramento, como lo demuestro por el ejemplo siguiente. Supongamos que se trata de una cuestion de propiedad que hay que decidir por las disposiciones de los testigos y el juramento. Dos testigos pueden afirmar la existencia de la propiedad litigiosa partiendo de reglas y de hechos diferentes. Su acuerdo no es aquí conforme sino en apariencia; además, la conformidad real de los testigos constituye la verdadera base de este género de prueba.

Por último, cada una de las partes puede rehusar el juramento que le es deferido; prestando por otros medios la prueba completa de su asercion. Esta prueba, en efecto, hace inútil el juramento y sería abusar de prestarlo sin necesidad. La expresion técnica empleada en parecido caso es muy notable: substitucion de la prueba al testimonio de la conciencia. Un litigante de una probidad grande puede desear mejor abandonar al juez la apreciacion de la prueba prestada por él, que jurar y hacer defender la decision del proceso de su propio testimonio. Semejante disposicion de espíritu merece ántes respeto que censura, y no causa además perjuicio alguno al adversario. Esta sustitucion de la prueba al juramento es más generalmente admitida, pudiéndosele oponer la prueba contraria *(d)*. Se prescinde entónces del juramento para ver si la prueba ofrecida no fué prestada.

El derecho romano no habla de esta sustitucion, incompatible de otra parte con sus principios, porque el juramento no era un simple medio de prueba, sino una especie de transaccion para llegar á la decision del proceso *(e)*.

El derecho canónico reconocía expresamente esta sustitucion y la vemos aplicada á una especie en que el jura-

---

(d) Malblanc, § 58; Bayer, § 397; Gönner, t. II, Abhand. 48; Martin, § 2 8; Linde, § 308.

(e) El pasaje de Quintiliano (Instit. V, 6) no contiene sino un razonamiento general y no un testimonio histórico.

mento era deferido al demandante, bien que hubiera ya alegado la prueba de su derecho (*f*).

Tales son los únicos puntos acerca de los cuales el derecho actual se aleja del derecho romano: háse dicho que habia todavía otros: pero esta opinion no es fundada.

Así se ha pretendido que el juramento no podía deferirse sino como complementario de otra prueba, que supone necesariamente un principio de prueba, una prueba imperfecta. Esta doctrina es desde luego contraria al derecho romano (*g*), y para el juramento extrajudicial es sobre todo inadmisible. No es conforme tampoco al derecho comun de Alemania (*h*) ni ha sido adoptada más que por ciertos derechos particulares (*i*).

Se ha dicho tambien que no se debía recurrir al juramento sino en caso de necesidad extrema y que no podía ser referido sino á falta de toda otra prueba. Pero cada uno debe ser libre de apreciar sus pruebas, la confianza que les merecen; no se podía sin injusticia imponer el uso exclusivo de sus pruebas é impedirle deferir el juramento. Esto sería invertir sin razon la regla expuesta ántes tocante á la sustitucion de la prueba al testimonio de la conciencia y que permite á un litigante presentar sus pruebas en lugar de prestar el juramento deferido. El único texto del derecho canónico que se puede alegar en apoyo de esta opinion, no habla en realidad sino de la sustitucion de la prueba al testimonio de la conciencia, pero las expresiones, de las cuales se sirve para justificarle son de tal modo vagas que se puede fácilmente llegar á darles una falsa interpretacion (*k*).

Segun todas estas derogaciones hechas en el derecho romano por el derecho actual, se podría creer que los principios del derecho romano sobre el juramento deferido han sido cambiados por completo, no resultando de ellos casi

---

(*f*) C. 2, X, de prob. (II, 19).

(*g*) L. 35. pr.; de jur. (XII, 2); L. 22, § 10, C. de jur. de lib. (VI, 30).

(*h*) Danz Prozesz. § 241, nota *b*; Linde Lehrbuch, § 303, notas 6, 7.

(*i*) Tal es. por ejemplo, la jurisprudencia del tribunal de Wismar (hoy Greiswald), fundada en la falsa doctrina de Mevio. V. Pufendorf, t. II, obs. 151.

(*k*) C. 2, X, de prob. (II, 19), «quum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, quum aliæ legitimæ probationes deesse noscuntur.»

nada. Esto sería un error; las innovaciones afectan más á la forma que al fondo de las cosas; se les puede aun considerar como mejoramiento de esta institucion casi indispensable á la administracion de justicia. El juramento ha conservado su naturaleza de contrato con las consecuencias anejas importantes, pero no depende únicamente de la voluntad de las partes y una prescripcion prudentísima exige la intervencion y vigilancia del juez. Desde este momento el juramento en ningun caso suple al juicio, puede sólo prestarle sus bases, y el juez debe conformar el contenido de su sentencia con el del juramento *(l)*.

(*l*) Muchos tribunales comienzan por dar una sentencia provisional, que se vuelve definitiva despues de la prestacion del juramento. Esta diferencia no alcanza sino sobre una forma exterior; sin embargo, yo no me atrevería á aprobarla.

APÉNDICES.

APÉNDICE XV.

APELLATIO ET PROVOCATIO.

§ CCXCV.

I.

Encontramos en la constitucion romana, bajo el nombre de *appellatio* y *provocatio*, dos instituciones muy antiguas que, á pesar de numerosas diferencias, tienen entre sí de comun que pueden anular una decision judicial y detener sus efectos (*a*). Los grados de jurisdiccion establecidos al principio de la dominacion imperial nos ofrecen la misma semejanza, y como se les aplican los nombres de estas antiguas instituciones, parece que debemos referir su orígen al desenvolvimiento histórico de las mismas. El estudio profundo de este desenvolvimiento y la comparacion entre el antiguo y el nuevo estado de cosas nos mostrará cuál de estas dos instituciones ha servido de base á los grados de jurisdiccion establecido por loss emperadores.

II.

La antigua *provocatio* supone la condena de un ciudadano romano por un tribunal criminal; consiste en llevar la apelacion de la condena ante la asamblea del pueblo que podia modificar ó confirmar la primera sentencia (*b*). Vemos, pues, aquí la organizacion completa de una instancia superior.

(*a*) Sin duda á causa de esta semejanza, Ciceron, en su proyecto ideal de constitucion política, donde, por lo demás, sólo se encuentran elementos romanos, ha mezclado estas dos instituciones como si hubiesen sido idénticas. Ciceron, de Leg. III, 3.

(*b*) Los datos contenidos en las fuentes y en las opiniones de los autores modernos sobre la *provocatio* han sido reunidos de una manera muy

Segun un testimonio equívoco de Ciceron la *provocatio* existía ya en tiempo de los reyes (*c*). Un texto de Pomponio presenta su establecimiento como posterior á la expulsion de los reyes (*d*). Algunos autores modernos han tratado de explicar esta contradiccion diciendo que bajo la República tuvo la *provocatio* mayor extension que en tiempo de los reyes (*e*).

En tiempo de la República era su aplicacion casi general: sólo las sentencias pronunciadas por los decemviros ó por los dictadores no estaban sometidas á la apelacion ante la asamblea del pueblo. Estas dos magistraturas no pertenecian á las constituidas y renovadas ordinariamente.

En los tiempos posteriores de la República y precisamente en la época en que la libertad individual obtenía diariamente mayores garantias, no se cita ningun ejemplo de esta apelacion al pueblo. He aquí cómo se explica este fenómeno. La justicia criminal para la averiguacion de los delitos cometidos por los particulares (*quœstiones perpetuœ*). Estas comisiones se componian de un cierto número de ciudadanos designados por el pretor y juzgaban, no como los demás tribunales, en virtud de sus propios poderes, sino en virtud de la designacion del pretor y con el concurso de jurados que representaban al pueblo. Esta clase de sentencias no parecía susceptible de apelacion al pueblo, puesto que se dictaba por el pueblo mismo bajo la forma de una comision.

III.

La *apellatio* era de una naturaleza enteramente distinta: ofrecía á la libertad individual una proteccion mucho más amplia y general contra todo acto opresivo de un magistrado, comprendiendo entre estos actos las sentencias civiles (*f*). Todos ellos, entre los cuales figura en primera línea los emanados de la autoridad judicial podian ser anulados por la simple oposicion de varias personas determinadas. Se llamaba á esta oposicion *intercessio, y appellatio* la peticion por la cual reclamaba un particular esta especie de proteccion.

---

incompleta en Geib, Geschichte des römischen Criminal-Prozesses; Leipzig, 1842, p. 152-168-387,392.

(*c*) Ciceron, de República, II, 31. V. Séneca, Epist. 108.

(*d*) L. 2, § 16, de Orig. jur. (l. 2).

(*e*) Así se dice que este derecho reservado antiguamente á los patricios había sido concedido más tarde á los plebeyos. Niebuhr, Röm. Geschichte, I, 361-557); ó bien, que las condenas penales pronunciadas por los reyes no eran susceptibles de apelacion.

(*f*) Zimmern, Rechtsgeschichte, t. III, § 169; Keller, Semestria, t. I. C. 1, § 58, p. 139-170.

Los actos de un magistrado podrian ser anulados por la oposicion de cualquier otro magistrado de un rango igual ó superior al suyo (*par majorœ potestas*): así, pretor, contra pretor, Cónsul contra Cónsul, Cónsul contra pretor, sin que hubiera que examinar si el acto atacado entraba en el círculo de las atribuciones del magistrado que declaraba la oposicion (*g*).

Fuera de toda gerarquía, los tribunos podian anular los actos de todos los magistrados sin excepcion, aun los de los pretores y los Cónsules (*h*). Usaban de este derecho, ya individual, ya colectivamente, despues de una deliberacion y una resolucion tomada por el cuerpo de los tribunos.

IV.

El resultado de esta oposicion era puramente negativo; como no prescribía directamente ningun acto en los procesos civiles, servía para proteger al demandado y no al demandante. Así, equivalia á una simple casacion y no á una nueva instancia, puesto que no sustituía nada al acto que anulaba.

Sin embargo, la influencia práctica de semejante oposicion no era con frecuencia ménos eficaz que una absolucion, pues el principio de la consumacion impedia que se volviera á presentar la accion antigua, y el tiempo fijado para la prescripcion del procedimiento era tan corto que el demandante veía con frecuencia perecer su derecho.

V.

Podian ser objeto de una oposicion los actos más diversos del procedimiento, principalmente un derecho del pretor, como tambien la redaccion de la fórmula, cuando el pretor quería dar un *judicium purum* y se reclamaba en interés del demandado la adicion de una excepcion (*i*).

(*g*) Ciceron, de Leg. III, 3. No se puede citar como caso semejante, aquel en que el pretor, usando de un derecho incontestable, revocaba los poderes del *judex* que había nombrado (*vetare judicare*), sino el caso en que un cónsul prohibía á este *judex* dictar su sentencia. L. 58, de jud. (V, 1): «judicium solvitur vetante eo qui judicare jusserat: *vel etiam eo qui majus imperium in eadem jurisdictione habet.*» (*Eadem jurisdictio* debe entenderse aquí en el sentido geográfico). Una vez dictada la sentencia, se encontraban consumidos los poderes del pretor L. 14 de re jud. (XLII, 1).

(*h*) Ciceron de Leg. III, 3.

(*i*) Ciceron, Acad. Quæst. II, 30, donde se menciona este caso por medio de una metáfora, pero como una cosa conocida.

¿Cómo garantizar, ahora, la eficacia de esta opsicion en los casos, sin duda raros, en que el pretor quisiera persistir en su opinion? Un medio cierto se presentaba en el momento en que el pretor quería hacer ejecutar su sentencia contra el demandado por la *possessio* ó la *venditio bonorum*: la intervencion de otro pretor o de otro tribuno podía detener directamente la ejecucion de estos actos (*k*).

No cabe duda de que este poder extraordinario podía ser ejercitado con propósitos y resultados muy diferentes: unas veces, para proteger un derecho legítimo contra actos injustos de la jurisdiccion regular; otras veces, para sobreponer al rigor de la letra la equidad real ó pretendida; por último, para servir á la parcialidad é interrumpir abusivamente el curso regular del procedimiento (*l*).

VI.

Segun lo expuesto, se vé que esta institucion singular tenía los caracteres equívocos de una intervencion indirecta en la administracion de justicia. En virtud de ella, se explican los testimonios en apariencia contradictorios de los autores antiguos sobre los poderes constitucionales de los tribunos. Unas veces se nos dice que no tomaban parte alguna en la administracion de justicia (*m*); otras veces textos completamente claros los hacen figurar entre las autoridades judiciales y mencionan sus decisiones (*n*). Plinio el jóven observa especialmente que están siempre en posicion de intervenir en los procesos civiles, por lo cual no les conviene aceptar durante el período de sus funciones el mandato de sostener un proceso (*o*).

VII.

Todo lo que acabo de decir sobre la *provocatio* y la *appellatio*, sobre sus semejanzas y diferencias, aparece explicado y confirmado por una série de ejemplos pertenecientes á la historia romana.

Los acontecimientos verificados durante la corta dominacion de los decemviros y despues de su caida tienen, sobre todo, gran

---

(*k*) Keller, I, c. p. 140-145.
(*l*) Keller, I, c., p. 151-155.
(*m*) A, Gelio, XIII, 12: «Tribuni antiquitus creati videntur non juris dicundo.»
(*n*) Auct. ad Herennium, II, 13; L. 2, § 34, de orig. jur. (I, 2).
(*o*) Plinio, Epist. I, 23.

importancia, porque en este período vemos funcionar á las dos instituciones con las diferencias que las caracterizan.

Los decemviros habían sido nombrados *sine provocatione*, es decir, que no se podía apelar ante la asamblea del pueblo de las condenas por ellos pronunciadas. Por otro lado, la *appellatio* era permitida, pues todo romano que se creyese oprimido por un decemviro podía requerir la intervencion de uno de sus colegas.

Pero durante el segundo año de este régimen excepcional, los decemviros se entendieron para anular este recurso; de manera que la *appellatio* solo producía para el oprimido un tratamiento más riguroso todavía *(p)*.

Despues de la caida de los decemviros el tribuno Virginio llevó á Apio ante el pueblo con la amenaza de hacerlo detener inmediamente sino prestaba caucion de que su proceso sería instruido ànte un *judex*. Apio trató en vano de sustraerse á esta amenaza, primero por una *provocatio* ante el pueblo, despues por una *appellatio* á otros tribunos; al fin fué preso y terminó su vida en la prision *(q)*.

VIII.

He aquí algunos ejemplos de intervencion en procesos civiles por *appellatio* ante magistrados iguales ó superiores.

Verres dictó como pretor varios decretos en contradiccion con su propio edicto. Esta arbitrariedad inaudita motivó la intervencion del pretor L. Pison, que por su oposicion impidió más de una vez estas iniquidades *(r)*.

Habiendo sido ordenada para la reduccion de las deudas una cesion de bienes segun tasacion pública, fué encargado de ejecutar esta medida el pretor C. Trebonio. El pretor M. Celio, que la desaprobaba, quiso impedirla estableciendo su tribunal al lado del de Trebonio y ofreciendo á todo demandado su oposicion contra las decisiones de aquel; pero nadie reclamó su intervencion *(s)*.

Un liberto había instituido heredero á un eunuco (matris magnæ Gallus) *(t)*, por su testamento en que había preferido á su patrono. El pretor Cn. Orestes concedió primero al heredero instituido una *B. P, secundum tabulas*, despues una accion de peticion

(p) T. Livio, III, 33, 34, 36.
(q) T. Livio, III, 56, 57.
(r) Ciceron, in Verrem, II, 1, C. 46.
(s) César, de Bello civ., III, 20.
(t) Valerio Max., VII, 7, § 6.

de herencia (*u*); pero el Consul Lépido hizo oposicion á estas decisiones del pretor en interés del patrono (*v*), por el motivo de que el heredero instituido no era hombre ni mujer (*w*).

IX.

He aquí algunos ejemplos de la intervencion de los tribunos en los procesos civiles.

En un proceso de Quintio había el pretor ordenado con error la dacion de una caucion. Reclamada la oposicion de los tribunos, estos, sin declararla inmediatamente, por la sola amenaza de hacerlo, detuvieron la ejecucion del decreto (*x*).

Marco Julio había intentado contra Q. Fabio una accion de vi hominibus armatis coactisve damno dato. El demandado reclamaba que se insertase en la fórmula la condicion restrictiva, *injuria* damno dato, lo cual era un error, porque la *actio legis Aquiliæ* era la única que admitía semejante restriccion. No habiendo atendido el pretor á esta exigencia, el demandado recurrió á los tribunos; pero estos aprobaron el decreto del pretor sobre la redaccion de la fórmula y declararon: *nihil se addituros* (*y*). Si los tribunos hubiesen admitido la pretension hubieran anulado todas las consecuencias prácticas de dicha fórmula.

Encontramos tambien que los tribunos hicieron oposicion al decreto que el pretor de los *peregrini* quería dar sobre una accion intentada contra C. Antonio por los habitantes de una provincia que este oprimía (*z*).

Los tribunos intervenian igualmente en los procesos criminales. Así prohibieron una vez á un acusado presentarse ante los jueces á lo que Ciceron llama un acto inaudito (*aa*).

En otro proceso criminal encontrándose ausente un *judex* (litigaba en un negocio civil), se opuso un tribuno á que votasen los

---

(*u*) Es llamada *restitutio in bona*; probablemente era un interdicto *quorum bonorum*.

(*v*) «Prætoriam jurisdictionem abrogavit.»

(*w*) Se comprende perfectamente la eficacia de la intervencion del cónsul, pero no se comprende tan bien el motivo por él alegado. ¿Pretendía el cónsul considerar al castrado como infame y por consiguiente indigno de comparecer ante un tribunal?

Pero nadie podría haber sugerido esta idea al cónsul, pues los infames verdaderos podian postular por sí mismos. (L. 1, § 8, de his qui not.). Acaso se hacía por analogía aplicacion de la ley Voconia, considerando al castrado ménos que una mujer y, por consiguiente, incapaz, como esta, de ser instituido heredero. V. L. 12. § 1, de bon. poss. (XXXVII, 1).

(*x*) Ciceron, pro Quinctio, c., 7. 20. 21; Keller, I, c., p. 139 y sig.

(*y*) Ciceron, pro Tullio, c. 7, 38, 39, 40: Keller, I, c., p. 144, 145.

(*z*) Asconio, in Or. Cic. in toga candida, p. 84. ed. Orell.

(*aa*) Ciceron, in Vatin. c. 14.

demás jueces é hizo suspender el negocio civil, con el fin de permitir á este *judex* tomar parte en el proceso criminal (*bb*).

X.

He dicho más arriba que inmediatamente despues del establecimiento del imperio vemos en los procesos civiles diversos grados de jurisdiccion, remontándose hasta el emperador, organizacion que era desconocida en tiempo de la República. Por otra parte, al fundar los emperadores su poder, fueron fieles al principio de evitar las formas y los nombres nuevos y de explotar las antiguas instituciones republicanas, combinándolas de manera que disimulasen las innovaciones reales.

La analogía autoriza, pues, una suposicion muy verosímil, que consiste en referir la organizacion de las instancias á las antiguas instituciones que acaban de ocuparnos (la *provocatio* y la *appellatio*); trátase, ahora, de determinar cuál de estas instituciones ha servido de punto de partida.

Varios autores piensan que la antigua *provocatio* ha sido la base de las nuevas instancias, lo cual parece confirmado por el hecho de que la *provocatio* constituía realmente una segunda instancia. Sin embargo, esta opinion me parece enteramente inadmisible. En primer lugar, la antigua *provocatio* se aplicaba únicamente á los negocios criminales y no á los procesos civiles. En segundo lugar, la *provocatio* llevada ante el emperador habría establecido en cuanto á la forma una asimilacion entre la autoridad imperial y la del antiguo *populus*; pero durante largo tiempo se evitó cuidadosamente toda apariencia de este género, y los emperadores querían aparecer ejercitando solamente los poderes concedidos á las magistraturas deferidas por el *populus*.

XI.

Descartada de este modo la *provocatio*, no nos queda más que la *appellatio* como base de la nueva organizacion, y este orígen se encuentra completamente justificado.

Desde luego, es cierto que los poderes de que los emperadores se encontraban investidos regularmente les suministraban medios de recibir apelaciones en materia civil de todas las partes del imperio y de influir por su oposicion en el resultado del litigio. La *tribunitia potestas*, concedida de por vida desde el año 706 á Cesar y en 721 á Augusto, les atribuía este poder respecto á Ro-

(*bb*) Ciceron, pro Cluentio. c. 27.

ma y á Italia *(cc)*. En las provincias imperiales el lugarteniente era, bajo la dependencia absoluta del emperador, el que lo ejercía. En las provincias senatoriales tenía el emperador el derecho de *intercessio* contra todas las decisiones judiciales del proconsul, de quien era igual, en virtud de la *proconsularis potestas.*

He dicho ántes que la *appellatio* y la *intercessio*, por su naturaleza puramente negativa, diferían esencialmente de una instancia y que tenían analogía con la simple casacion. Pero la casacion, desde el momento en que se ejercita con frecuencia y regularidad, tiende á aproximarse á la instancia. Bajo la República no podía ser su empleo frecuente ni regular, porque los poderes de los tribunos no duraban más que un año, se dividían entre varios y, además, los intereses políticos más importantes les ocupaban casi exclusivamente. Era completamente distinta la situacion de la *tribunicia potestas* conferida de por vida á los emperadores. Sin embargo, no hubiera tenido nunca lugar la organizacion de una instancia propiamente dicha, ó, al ménos, se hubiese organizado más tarde, si no hubiere respondido á una necesidad real (§ 284). Una vez establecida la monarquía, era fácil satisfacer esta necesidad; las atribuciones bien conocidas é incontestables de la autoridad imperial ofrecían los medios para ello; y he demostrado que esto no exigía ninguna innovacion, ningun cambio en las formas ni en los nombres.

Podría expresarse del siguiente modo la transformacion que se verificó entónces: el emperador aplicó á los procesos civiles su derecho de *appellatio* y de *intercessio* de una manera general y regular que hizo participar á la *appellatio* de la naturaleza de la *provocatio.*

XII.

Esta explicacion historíca del origen de las instancias se encuentra maravillosamente confirmada por la nueva fraseología que se establece desde el principio de la dominacion imperial. Tito-Livio emplea todavía las expresiones *provocatio* y *appellatio* en su sentido propio y riguroso (notas, *p*, *q*). Bien pronto se borra la distincion y estos términos se emplean como sinónimos designando una sola cosa. Esto es lo que principalmente vemos en las fuentes del derecho.

Plinio, Hist. nat. VI, 22 (hablando de un pueblo): «sic quoque *appellationem esse ad populum.*» Gelio, IV, 4: «Mamilia ad tribunos plebei *provocavit.*»

(cc) Dion Casio, XLII, 20; LI, 19.

Gelio, VII, 19: «Scipio Africanus fratris nomine ad collegium tribunorun *provocabat.*»

L. 1, § 1. quæ sent. (XLIX, 8): «nec *appellare* necesse est, et citra *provocationem* corrigitur.»

L. 1, § 1, a quib. app. (XLIX, 2): «Et quidem stultum est illud admonere, a principe *appellare* fas non esse, cum ipse sit *qui provocatur.*»

XIII.

Podría creerse que una vez organizadas las instancias cesaron de existir la *provocatio* y la *apellatio* como instituciones distintas. Es cierto que no podía ya tratarse de *provocatio* ante la asamblea del pueblo; pèro el derecho de proceder por *appellatio* ante los tribunos continuó subsistiendo y su intervencion en los procesos civiles, mantenida bajo el nuevo régimen, no tuvo más importancia que bajo la República. Plinio el Joven atestigua á este propósito su propia experiencia y dice que un tribuno no puede figurar convenientemente en un proceso como representante de una de las partes durante el período de sus funciones.

APÉNDICE XVI.

L. 7. DE EXCEPTIONE REI JUDICATÆ XLIV, 2,

---

§ CCXCVI-CCXCIX.

De todos los textos del Digesto relativos á la autoridad de la cosa juzgada, este es el más instructivo para nosotros. Se distingue por la profundidad de los principios que desenvuelve, por la sagacidad, la claridad y la seguridad de sus decisiones. Sin embargo, este elogio se aplica solamente al principio y al final del texto, pues en lo restante se encuentran muchas oscuridades, gran vaguedad y contradicciones aparentes.

Creo poder separar todas estas dificultades, ó al ménos, en su mayor número, por medio de una division nueva de párrafos, division que mostrará claramente los puntos en que mi interpretacion difiere de la adoptada hasta ahora. Este medio, por demás sencillo, ha sido admitido en todo tiempo como perteneciente á la simple exégesis: difiere esencialmente de una rectificacion del texto, pues la division en párrafos, tal como existe en nuestras ediciones, es obra de los editores y no forma en manera alguna parte integrante de los textos manuscritos.

Sin embargo, este procedimiento podrá ser sospechoso si se emplease para justificar una teoría nueva sobre la autoridad de la cosa juzgada, contraria á la que se apoyase en la interpretacion ordinaria, ó bien, si concordando los intérpretes en encontrar satisfactoria la division del texto, se tratase de turbar este acuerdo. Pero nuestro propósito es precisamente lo contrario.

La parte vaga y oscura de nuestro texto no ha sido invocada por nadie para justificar una teoría sobre la autoridad de la cosa juzgada, y por lo que á mi toca, no pretendo tampoco servirme de ella con este fin. Las incertidumbres que presenta dicha parte no

se refieren á la autoridad de la cosa juzgada, sino á materias pertenecientes á otros órdenes de la ciencia, principalmente á la teoría de la propiedad y de la posesion. Pero lo principal es que los intérpretes que más sériamente se han ocupado de esta parte oscura de nuestro texto no están satisfechos de la interpretacion ordinaria que se les dá, y, por lo tanto, no es posible turbar un acuerdo de opiniones que no existe. Los testimonios siguientes prueban mi afirmacion.

He aquí como se expresa Donelo, á propósito de nuestro texto (*a*): «Hoc quidem Ulpiano negaverat obiter in principio. L. 7, D., exc. rei jud. his verbis.... Sed quod hic exempli tantum causa, et velut aliud agens posuerat id corrigit postea, et mutat ex professo in lapidibus, cementis, et tignis, addita in § 2 ea ratione, ex qua fácile intelligere liceat, hoc idem illud et de tabulis navis sentire.» Donelo admite evidentemente que Ulpiano ha tratado esta materia con mucha ligereza.

Keller explica las pretendidas contradicciones del texto por las fluctuaciones constantes de Ulpiano entre la funcion positiva y la funcion negativa de la excepcion. Supone tambien que nuestro texto es el extracto incompleto de un texto original mucho más extenso y que los compiladores habían suprimido probablemente varias citas de los antiguos jurisconsultos (*b*). Otro autor piensa que Ulpiano ha confundido materias enteramente diversas, siendo esta la causa de haber llegado á decisiones poco seguras (*c*).

Por lo dicho, se vé que los intérpretes no están en modo alguno satisfechos de nuestro texto y que admitiría de buen grado una explicacion nueva, propia para resolver las contradicciones que han motivado por su parte censuras tan severas contra el antiguo juriconsulto.

No me propongo, pues, aquí fijar una teoría nueva sobre la autoridad de la cosa juzgada ni atacar una antigua teoría. Trato únicamente de justificar á Ulpiano de las censuras que se le dirigen y de disipar al mismo tiempo el sentimiento penoso que se experimenta al ver en medio del texto más claro y más instructivo una série de proposiciones confusas, incoherentes y absolutamente contradictorias.

(*a*) Donelo, lib. XXII, c. 5, § 9.

(*b*) Keller, p. 251-27, principalmente 263-271. No puedo ver vacilacion entre las dos formas de la excepcion, principalmente en este texto, donde hácia su mitad (§ 1), y más precisamente todavía hácia el fin (§ 4), aparece tan claramente expresado y con tanta consecuencia el principio de la negacion positiva de la excepcion.

(*c*) Brackenhoeft, Identität der Rechtsverhältnisse, p. 209 sq., principalmente p. 210, 215.

Expongo seguidamente el texto, tal como creo que debe leerse, acompañándolo de las explicaciones necesarias.

Princ: Si quis, cum totum petisse, partem petat. Exceptio rei judicatæ nocet; nam pars in toto est: eadem enim rex accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est. Nec interest utrum in corpore hoc quœratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso: dicendum erit exceptionem obstare. Proinde etsi proponas mihi, certum locum me petere ex eo fondo quem petii, obstavit exceptio. Idem erit probandam, etsi duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio (*d*).

§ 1. Item (*e*) si quis fundum petierit, mox arbores excitas ex eo fundo petat: aut iusnlam petierit, deinde aream, vel tigna, vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vin-

---

(*d*) Esta parte del texto ha sido ya transcrita y explicada minuciosamente en el § 299. Bajo el punto de vista de la funcion negativa, su decision es igualmente justa y Ulpiano sentencia aquí con una entera certidumbre sin dejar el menor lugar á la suposicion de una controversia.

(*e*) A esta parte del texto se refieren la nueva division que propongo y la interpretacion nueva que de ella resulta. Las ediciones colocan las palabras, desde *item si* hasta *tabulas vindicem*, en el principium y hacen comenzar el § 1 por las palabras *si ancillam*. Por consiguiente *todos* los casos así mencionados se encuentran comprendidos en la decision de que *la excercion es ciertamente aplicable* (non nocebit exceptio). Examinemos ahora los términos de nuestro texto, despues el fondo de las cosas. La palabra *item*, colocada al principio de una proposicion, indica una afinidad entre esta proposicion y la que precede. Esta afinidad, susceptible de diversos grados y de mayor ó menor extension, puede aplicarse á los casos mencionados en las dos proposiciones (las cuestiones que hay que resolver), de igual modo que á la apreciacion de las cuestiones (su solucion misma). Por otra parte, la lengua no admite tan vasta extension y la afinidad debe referirse únicamente á las cuestiones cuya solucion ofrezca más ó ménos diferencia. Ahora, si nuestro texto terminase por las palabras *tabulas vindicem* sería preciso admitir entre estas cuestiones la afinidad más grande, que es el resultado que las ediciones ofrecen. Pero como, segun la division que propongo, tenemos una proposicion nueva con otra conclusion (*magnœ quœstiones est*), los términos del texto nos dejan una libre eleccion, la cual debe determinarse solamente por motivos sacados del fondo de las cosas. Ahora bien, estos motivos justifican mi division, pues, de otra manera, no se podría evitar la contradiccion evidente que presenta la decision del § 2 relativa á los *cementa*, contradiccion severamente criticada por todos los intérpretes, Mi explicacion del texto puede resumirse del siguiente modo: cuando reivindica un individuo una finca y, posteriormente, habiendo sido rechazada su demanda, reclama árboles cortados en la finca, ó una construccion ó un esclavo... *en todos estos casos la aplicacion de la excepcion presenta graves dificultades*. (Hasta aquí nada decide Ulpiano sobre este punto.)

dicem: si (*f*) ancillam prægnantem petiero, aut (*g*) post litem contestatam conceperit et pepererit, mox partum ejus petam: *utrum idem peteret videor, au aliud, magnæ quæstionis est* (*h*). Ed quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi quotiens apud judicem posteriorem id quæritur quod apud priorem quæsitum est. (*i*) *In his igitur fere omnibus exceptio nocet* (*k*)

§ 2. Sed in cementis et lignis diversum est (*l*): nam is qui insulam petit, si cementa, vel tigna, vel quid aliud suum pelat, in ea conditione est un videatur aliud petere: et enim cuyus insula est non utique et cementa sunt: denique ea quæ cuyus insula est, non utique et cementa sunt: denique ea quæ juncta sunt ædibus alienis, separata dominus vindicare potest (*m*).

(*f*) Si este caso no comienza como los demás por *item*, débese sin duda á una simple variadad de redaccion; acaso tambien existía *item* en el texto y había sido omitido á causa de la semejanza aparente de la sílaba que precede, *icem*, y entónces podríamos restablecerlo por vía de geminacion.

(*g*) Los manuscritos y las ediciones ponen en este lugar *et*, lo cual no dá ningun sentido, porque la esclava ya embarazada en la época de la *litiscontestatio* no podría serlo de nuevo inmediatamente despues. El ligero cambio de *aut* da este sentido por demás sencillo: «si la esclava reclamada está ya en cinta en la época de la *litiscontestatio* ó viene á estarlo poco despues en el curso del litigio.» Antes de *conceperit* es preciso sobreentender: *ancilla petita*, y de este modo no hay lugar á modificacion alguna del texto.

(*h*) Estas palabras se refieren, pues, à todos los casos enumerados en el § 1, segun la division que propongo (nota *e*).

(*i*) Estas palabras encierran el principio fundamental que debe servir para la solucion de todas las cuestiones propuestas, cuyo principio consiste en que la excepcion se aplica siempre que en las dos acciones no haya más que una sola cuestion de derecho.

(*k*) La aplicacion del principio fundamental debe inducir, segun Ulpiano, á reconocer la excepcion como admisible en *casi todos* los casos enumerados. Veamos ahora cómo se justifica esta afirmacion. La excepcion es efectivamente admisible: 1.° en el caso del fundo y de los árboles cortados; 2.° en el caso de la casa y del nudo suelo; (*area*) 3.° en el caso del esclavo y del hijo engendrado ántes ó despues de intentada la accion. La excepcion *no es admisible* en los casos de la casa y de los materiales, como lo declara expresamente el § 2.

(*l*) El caso de los materiales de construccion es, pues, el único sometido á una regla diferente, puesto que aquí la excepcion no es admisible. Esto contrasta por completo con las palabras que inmediatamente preceden: «in his *fere* omnibus.» El «*sed* in cementis» expresa de este modo un *solamente* y explica el *fere*. Por lo demás, la decision relativa á los *cementa* es tan positiva y cierta que hace imposible la interpretacion que se dá ordinariamente á la precedente mencion de los *cementa* (nota *e*.) En la siguiente nota se encontrará el verdadero motivo de esta particular decision.

(*m*) Ulpiano no decide sobre los barcos, pero creo que debe aplicarse la misma decision á las tablas de un barco que á las vigas de una casa. Cuando un juez rechaza la reivindicacion de un barco, esta decision no

§ 3. De fructibus eadem quæstio est, ut (*n*) de partu, hæc enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt quæ petita est: magisque est ut ista exceptio noceat (*o*) Plane si in restitutionem vel frutos, vel etiam partus venerunt, æstimatique sunt: consequens erit dicere exceptionem objiciendam (*p*).

---

implica la denegacion tácita de la propiedad de las tablas aisladas, pues en el estado del litigio no podía conocer de esta propiedad: sería preciso ante todo que la separacion de las tablas se hubiera verificado por una *actio ad exhibendum*. L. 23, § 5, de R. V. L. 6, ad exhib. La única diferencia entre el barco y la casa consiste en que respecto á la casa no puede nunca pedirse esta prévia separacion. L. 6, cit.; L. 7, § 10, de adqu. rer. dom. Sin esta separacion, la reivindicacion ó la adjudicacion de partes aisladas del barco ó de la casa es igualmente imposible.

(*n*) Los manuscritos y las ediciones llevan *et*: el sentido exige *ut*. Se trata, en efecto, de aplicar á los frutos (entre los cuales pueden comprenderse los *arbores excisæ*, nombrados al principio) la decision dictada para el hijo del esclavo. En lugar de *ut* podría tambien leerse *ac*, palabra que á causa de las abreviaturas de los manuscritos podría haberse cambiado por error en *et*.

(*o*) Los manuscritos y las ediciones dicen: «*non* noceat;» pero se lee en la glosa: «Si habes sine *non*, plana est... si vero habeas non *noceat*, ut habent fere omnes communiter;» rel. No debe verse aquí una correccion propuesta por Acursio, sino la prueba de que existian realmente dos lecciones diferentes, entre las cuales debemos elegir, sin embargo de que se encuentra una de ellas en la mayor parte de los manuscritos. Tratemos de explicar estos dos textos. La leccion *noceat* (sin *non*), me parece la buena y hé aquí mis motivos. Segun el principio de la funcion negativa, se podría pretender distinguir entre la concepcion anterior y la posterior á la *litiscontestatio*; pero Ulpiano no distingue. Segun el principio de la funcion positiva (*eadem quæstio*), establecido aquí por Ulpiano, y seguido en todas sus consecuencias, no es dudosa la admisibilidad de la excepcion, pues una vez denegada la propiedad de la madre resulta imposible la reivindicacion del hijo. La necesidad de esta leccion resulta de estos términos del § 1: «in his *fere omnibus*... nocet.» expresiones que serían inexplicables si precisamente en los numerosos casos de los hijos de esclavos y de los frutos tuviera lugar lo contrario. Las palabras: «hæc enim nondum... petita est.» deben entenderse del siguiente modo: «pues si lo más frecuente era que el hijo no existiese todavía en la época de la accion y, por consiguiente, no podía haber sido llevado *in judicium*, no por eso era ménos aplicable el principio de la *eadem quæstio*, puesto que la propiedad del hijo reivindicado más tarde no puede derivarse más que de la propiedad sobre la madre (sed ex ea re quæ petita est), y esta propiedad ha sido denegada por la sentencia anterior.» Despues de las palabras: hæc *enim*, se debe sobreentender *etsi* ó *quidem*. La causa de haber imaginado la falsa leccion de *non* noceat se debe á haberse visto en las anteriores palabras el principio positivo de la decision, en lugar de un motivo de duda.

(*p*) Esta última proposicion (*Plane si*, rel.) encierra, segun la interpretacion ordinaria (con *non* noceat), una decision opuesta; segun mi interpretacion contiene una decision semejante, pero fundada en un principio independiente de toda controversia, y por lo tanto, perentorio. En efecto, si en un proceso anterior había ya sustituido el demandado los frutos por una indemnizacion en dinero, es decir, que los había comprado,

§ 4. E generaliter..... exceptione summovebitur.

§ 5. Idem erit probandum..... videntur in petitionen deduci (q).

La interpretacion que propongo para las diversas partes del texto de Ulpiano, parecerá más justificada todavía por el encadenamiento general do las ideas, que puede resumirse del siguiente modo.

Comienza el autor por enumerar diferentes casos en que, despues de haberse reclamado sin éxito un todo, se viene despues á reclamar una parte del mismo. En estos diferentes casos, dice Ulpiano, la excepcion es aplicable evidentemente, y sobre este punto no menciona duda ni controversia alguna.

Viene despues (§ 1) una série de casos de diferentes especies que no se refieren, al ménos de una manera tan directa y tan segura como los precedentes, á una relacion comun, la relacion del todo á la parte. Sobre estos casos no dá Ulpiano ninguna decision; únicamente observa que han sido objeto de dudas y controversías. Despues sienta una regla que debe servir para decidir todos estos casos y esta regla no hace más que expresar la funcion positiva de la excepcion: la existencia para las dos acciones de una *eadem quæstio* como condicion de la admisibilidad de la excepcion. Añade que esta es realmente aplicable en *casi todos* los casos que presenta él como dudosos.

Se ocupa luego (§ 2) del exámen especial de uno de estos casos dudosos, al cual *no es* aplicable la excepcion; despues examina (§ 3) otro de estos casos en que la aplicacion de la excepcion es más extensa todavía y contesta á una objecion especiosa que podia suscitarse contra esta aplicacion.

Por último (§ 4), reproduce en términos aun más precisos la regla sentada ántes y la aplica á la relacion de la peticion de herencia con la accion de la propiedad, como tambien á la relacion de la peticion de herencia con la accion en repeticion de un crédito dependiente de la sucesion mínima (§ 5).

He dicho ya que un autor moderno censura á Ulpiano el oscilar constantemente en este texto entre el punto de vista de la funcion positiva y el de la funcion negativa de la *exceptio rei judicatæ*, añadiendo que podrian explicarse por esta causa las oscuridades y contradicciones (reales ó pretendidas) de este texto. Repito que esta censura no me parece fundada; voy á tratar, con motivo de esta divergencia de opiniones, de caracterizar mejor que lo he he-

---

una reivindicacion nueva de estos mismo frutos sería contraria á las reglas indudables sobre el concurso de las acciones (§ 232).

(q) He citado y explicado ya (§ 298) los dos últimos párrafos, que ninguna relacion tienen, por otra parte, con las dificultades que acaban de ocuparme.

cho (§ 281-282) las dos formas de funciones de la excepcion y de señalar sus analogías y diferencias.

Estamos acostumbrados á imaginarnos las dos funciones de la excepcion como descansando en dos principios distintos y en parte opuestos y este contraste bien marcado sirve para darnos una inteligencia más completa del asunto. Pero se iría demasiado léjos si se pensase que desde el principio se habían dado los jurisconsultos romanos clara cuenta de esta diferencia.

La antigua forma de la excepcion se fundaba en el principio de que una vez ejercitada una accion no podía ser reproducida de nuevo; la aplicacion de la excepcion se refería entónces á un signo exterior y en la mayor parte de los casos, este principio era suficiente. Pero, poco á poco hizo ver la experiencia que este principio no bastaba siempre y que su aplicacion entrañaba algunas veces rigores injustos. Se quiso satisfacer esta necesidad práctica y se consiguió sustituyendo á la forma primitiva de la excepcion una forma nueva, basada en la naturaleza íntima de la relacion de derecho y del litigio. No se contentaron ya con prohibir la reproduccion de una accion, se propuso poner al abrigo de todo ataque el contenido de una sentencia pronunciada, y este principio nuevo y más profundo (el de la *eadem quœstio*), no se encuentra en ninguna parte expresado con más claridad, desenvuelto con mayor fuerza, ni puesto en relieve con mayor número de aplicaciones que en el texto de Ulpiano que nos ocupa.

Pero no se pretendió en manera alguna abandonar ó rechazar el antiguo principio, del cual la institucion nueva era más bien un desenvolvimiento que una negacion. Lo más frecuente era que los dos principios diesen el mismo resultado, como se ve en el gran número de casos de que Ulpiano se ocupa especialmente en nuestro texto.

Así pues, cuando Ulpiano reproducía bajo diferente forma el principio de la *eadem quœstio* y lo exclarecía por númerosas aplicaciones, pudo muy bien, sin oculta intencion y sin escrúpulo, emplear términos que se adaptaban igualmente al principio de la funcion negativa (la consumacion de la accion) (*r*). En su consecuencia, no debe censurársele á este respecto haber vacilado entre los dos principios: el empleo de los referidos términos no ofrecía el menor inconveniente.

(*r*) Tales son las expresiones siguientes: *eadem enim res* accipitur (princ.) utrum *idem petere* videor, an *aliud* (§ 1); *aliud* petere (§ 2); videntur *in petitionem deduci* (§ 5). V., además, p. 273 y sig.

APÉNDICE XVII.

CAUSA ADJECTA SEU EXPRESSA.

(§ C C C)

I.

Los principios siguientes, claramente expresados, se encuentran por el derecho romano y han sido adoptados por el mayor número de los autores modernos.

Cuando ha sido rechazada una accion personal relativa á una cosa, puede ser ejercitada otra accion personal referente á la cosa misma, con tal que la obligacion que sirva de base á cada una, estas acciones tenga un orígen diverso, pues no es el objeto sino el orígen de la accion lo que constituye su individualidad.

Otra cosa sucede con las acciones *in rem.* Así, cuando ha sido rechazada la accion por la cual se reclama la propiedad de un inmueble, no puede ser de nuevo reproducida, aunque en la primera accion se hubiera atribuido al orígen de la propiedad, á la tradicion y á la usucapion en la segunda.

Estas dos reglas no han sido controvertidas.

II.

Pero se pretende que la segunda de estas reglas experimenta dos excepciones.

La primera excepcion se refiere al caso en que el título de propiedad que el demandante invoca en la segunda accion tenga un orígen posterior al primer litigio (causa superveniens), pues la primera sentencia no ha podido pronunciar sobre la validez de este título.

Esta excepcion no ha sido tampoco controvertida.

La segunda excepcion se refiere al caso en que la primera accion asignare expresamente á la propiedad reclamada un orígen especial, la tradicion por ejemplo. Esta excepcion permite recla-

mar de nuevo la misma propiedad asignándole otro orígen, por ejemplo la usucapion (*a*).

Esta segunda excepcion vivamente atacada por autores contemporáneos, va á ser aquí objeto de un exámen detenido.

Antes de comenzar esta indagacion importa determinar bien el sentido y las consecuencias de las dos opuestas doctrinas.

III.

Los partidarios de la excepcion reconocen que cada una de las dos acciones debe haber asignado al derecho reclamado un origen exclusivo y distinto. Segun el procedimiento del antiguo derecho romano, esta restriccion debía sin duda insertarse en la *formula.* Como la fórmula es extraña al procedimiento moderno, la accion intentada debe expresar esta restriccion, para lo cual no basta que se mencione simplemente el orígen de la propiedad, es preciso que la instancia que debe motivar la excepcion se exprese formalmente; pero importan poco los términos en que se haga ni la parte del acto preliminar de la instancia en que se consigne.

IV.

El demandante que quiera tener derecho á esta excepcion experimenta un beneficio y un perjuicio; un beneficio, porque si su accion es rechazada puede intentar una nueva; un perjuicio, porque no puede referir la existencia de su derecho á otro orígen que al que ha designado especialmente, mientras que sin esta restriccion hubiera podido invocar simultáneamente diferentes clases de pruebas.

V.

Los adversarios de la excepcion pretenden al rechazarla extender la eficacia de la *exceptio rei judicatœ,* es decir, impedir la reproduccion de una accion una vez que haya sido desechada. Pero como esta doctrina tendría algunas veces consecuencias demasiado rigurosas, tratan entónces de moderarla. Por medio de una restitucion puede reproducir el demandante la accion rechazada, atribuyendo á su derecho de propiedad otro orígen, aunque no hubiese cuidado de reservarse esta facultad en su primera demanda.

Si los motivos generales de restitucion, tales como la menor

(*a*) Esta excepcion se funda en los textos siguientes; L. 11. § 2, de exc. r. jud. (XLIV, 2) de Ulpiano; y L. 14. § 2, eod. de Paulo.

edad y el fraude, son los únicos admitidos este recurso es muy insuficiente. Si, por el contrario, se abandonan los motivos de restitucion á la libre apreciacion del juez, sin otra regla que la equidad, la autoridad de la cosa juzgada, abandonada así al arbitrio, pierde más por la incertidumbre de su eficacia que gana por rechazarse la excepcion.

VI.

Paso á la exposicion del debate. Hace veinte años estaba tan generalmente reconocida la legitimidad de la excepcion que nunca fué objeto de la más mínima duda (*b*). Puchta fué el primero que la atacó con gran ingenio y erudicion y desde esta época están muy divididas las opiniones.

Entre los adversarios de la excepcion se cuentan: Puchta, Rhein, Museum. t. II, (1828), p. 251-270; t. III, p. 467-487.

Cursus der Institutionem, t. II, § 175.

Zimmern, Rechtsgeschichte, t. III, p. 152-422.

Buchka, t. I; p. 145, en cuanto al derecho romano.

Entre los partidarios de la excepcion, es decir, de la opinion adoptada ántes generalmente se cuentan:

Heffter, Rhein. Museum, t. III, p. 222-238.

Richelman, Einflusz des Irrthums auf Verträge, p. 116-118.

Brackenhoeft, Identität der Rechtsverhältuisse. p. 116-118.

Buchka, t. II, p. 192, respecto al derecho actual.

Wächter, Württemb. Privatrecht, t. II, p. 445.

Me adhiero con una entera conviccion á la opinion de estos últimos.

Kierulff, p. 257 emite una opinion enteramente individual. Cree que en virtud de la moderna *æquitas* é independientemente de la expresion ó no expresion de restriccion alguna, toda accion debe gozar del privilegio que los romanos concedian á la causa *expressa*. Semejante *æquitas* destruiría en esta materia todos los beneficios que la práctica puede obtener de los principios de una sana teoría.

VII.

Se han invocado en esta controversía tres clases de argumentos: 1.°, consideraciones generales sobre las verdaderas necesidades del procedimiento; 2.°, las formas bien conocidas del procedimiento romano; 3.°, en fin, y este es el punto capital, el contenido

---

(*b*) De igual modo, en Keller. (1827), p. 290, 291, no se encoentra vestigio alguno de duda.

de los dos texto del Digesto que constituyen por sí solos la base de la excepcion. En esta discusion seguiré la marcha por mí adoptada y examinaré sucesivamente estas tres especies de argumentos.

VIII.

En lo que toca á las necesidades generales del procedimiento, los adversarios pretenden que la excepcion no llena su objeto, que expone al demandado á ser inquietado por las acciones del demandante, sin cesar reproducidas, y que en el caso de una necesidad imprescindible valdría más recurrir á la restitucion (*c*).

No puedo admitir ninguna de estas objeciones (*d*). El reposo del demandado no está en manera alguna comprometido, pues los gastos del procedimiento retraerían pronto al demandante de intentar acciones siempre rechazadas.

Existen ciertamente casos en que el demandante tiene un interés serio y legítimo en reservarse la excepcion y he aquí algunos ejemplos. El que reclama una propiedad puede estar convencido de haberla adquirido por tradicion, y, en la hipótesis de que el juez no admitiese este orígen, puede reservarse justificar su usucapion; pero no le conviene hacer valer al mismo tiempo estos dos títulos, porque la prueba de la usucapion le ocasionaria gastos y dilaciones. El heredero instituido que es al mismo tiempo el más próximo pariente del difunto y quiere ejercitar la peticion de herencia, si la validez del testamento es dudosa, puede elegir entre dos accionas diversas que se excluyen mutuamente (*e*). Nada es entónces más conveniente y natural que ejercitar primero una de estas acciones, reservándose la segunda, pues invocados simultáneamente estos dos títulos contradictorios habían de debilitarse necesariamente.

Para los casos de esta especie admiten los adversarios el recurso de la restitucion. Pero es evidentemente preferible una regla general á un arbitrio cuyos peligros he señalado (núm. V); pues segun las ideas personales del juez la restitucion podría ser concedida con error ó rehusada.

IX.

Paso al exámen de los argumentos sacados de las formas del

(*c*) Puchta. Mus., t. II, p. 251: t. III. p. 483-485.
(d) V. Heffter. Mus., t. III, p. 230-231.
(*e*) Se supone un caso de esta especie en la L. 30, pr. de exc. rei jud. (XLIV, 2) V. § 300.

antiguo procedimionto romano, formas que Ulpiano y Paulo (nota, *a*) tenían presente por necesidad. Trátase pues de saber de qué manera podría conciliarse con estas formas la reserva que implica nuestra excepcion.

Se sabe que, independientemente de la *legis actio*, había para las acciones *in rem* dos formas diferentes: la *sponsio* y la *petitoria formula* (*f*).

Los adversarios mismos reconocen que la reserva de la excepcion era compatible con la *sponsio*; únicamente preguntan de qué manera se obligaría al demandado á aceptar una formula de *sponsio* de este modo concebida; y añaden que, en todos los casos, esta forma de procedimiento no tiene aplicacion al derecho justinianeo (*g*). Este último punto no ofrece tampoco dificultades.

X.

La cuestion se reduce, pues, al caso de la *petitoria formula*, única forma de la accion de propiedad mencionada en el Digesto bajo la denominacion de *rei vindicatio*. ¿Cómo se podía insertar en ella la reserva que nos ocupa?

Acaso se insertaba en la *intentio* (*h*). Los motivos alegados contra la posibilidad de esta insercion no me parecen perentorios (*i*). Bajo esta forma, se dice, la accion no hubiera sido accion de propiedad, se hubiera convertido en algun modo en una *in factum actio*. Pero si á la fórmula; «si paret hominem Stichum Auli Agerii esse,» se añadía ex causa mancipationis, no por esto dejaba de ser una pura *juris civilis intentio* (*k*). Se objeta que en esta hipótesis habrían existido diferentes redacciones de la *petitoria formula*, de lo cual no aparece vestigio alguno. Pero la *petitoria formula* no nos es conocida más que por menciones accidentales y muy poco detalladas, de modo que esta objecion no es de ningun peso.

En suma de todo, creo que esta reserva podía insertarse en la *intentio*, pero no me parece probable, porque la citada reserva podía hacerse en otro lugar de una manera mucho más natural y sencilla.

(*f*) Gayo, IV, § 91-95.

(*g*) Puchta, Mus., t. II, p. 264, 265, 268, V. t. III, p. 440.

(*h*) Heffter, p. 234, bajo esta hipótesis, expone una redaccion posible.

(*i*) Puchta, Mus. II, 263, 267; III, 474-477.

(*k*) Resta saber si se puede ver aquí una *in jus concepta intentio*, por oposicion á otra in *factum concepta*. Gayo, IV, § 45-46.

XI

En efecto, nada más sencillo y natural que expresar la reserva por medio de una *præscriptio*, cosa que, para mi, ponen fuera de toda duda una multitud de analogías.

Las objeciones suscitadas contra esta doctrina no me parecen en modo alguno fundadas (*l*).

Las prescripcionas, se nos dice, no se concedian más que para satisfacer una estrecha é imperiosa necesidad que no existe en esta circunstancia. Desde luego, ignoramos por completo el grado de facilidad con que los romanos concedian prescripciones; y he mostrado ántes (núm. VIII) que respecto al caso que nos ocupa, existía realmente esta necesidad; Gayo menciona una *præscriptio* (*m*) concedida en un caso en que su necesidad era mucho ménos evidente.

Se añade que, en general, ignoramos si las prescripciones se concedían en las acciones *in rem*. Es verdad que Gayo, solo cita como ejemplo acciones personales; pero como no cita más que dos de ellas, su silencio es una presuncion muy débil contra la aplicacion de las prescripciones á las acciones *in rem*.

XII.

Hé aquí cómo podemos representarnos una prescripcion aplicada á uno de los casos de la excepcion que nos ocupa.

Si se quería restringir la accion de propiedad al solo título de la mancipacion, reservándose de este modo invocar la usucapion en una accion nueva, se debía añadir una prescripcion concebida en estos términos:

ea res agatur de fundo mancipato (*n*).

Si era rechazada la accion y se quería despues ejercitar una

(*l*) Puchta, Mus., II, 260; III, 471.

(*m*) Gayo, IV, § 131: «ea res agatur de fundo mancipando.»

(*n*) De igual manera que en la prescripcion citada por Gayo, IV, § 131: ea res agatur de fundo *mancipando*. Esta prescripcion tenía por objeto limitar la *actio emti* á la mancipacion (con reserva de la tradicion). En nuestro caso, la reivindicacion se encuentra únicamente fundada en la mancipacion (con reserva de invocar despues la usucapion). El objeto de estas dos prescripciones, es establecer en favor del demandante una reserva para lo futuro. En el caso de la peticion de herencia podia concebirse la prescripcion próximamente en estos términos; ea res agatur de hereditate ex testamento (ó de B. P. secundum tabulas). O bien: ea res agatur de legitima hereditate (ó de B. P. unde legitime).

accion nueva fundada en la usucapion, venía á ser otra restriccion necesaria; sin ella hubiera podido invocar todos los títulos posibles de adquisicion, principalmente el de la mancipacion, contra el cual tendría el demandado la excepcion de la cosa juzgada. Esta segunda restriccion podía expresarse de una manera tan precisa como la primera:

ea res agatur de fundo usucapto.

Pero podía expresarse tambien en términos más generales, y por consiguiente, aplicables á estas circunstancias (o), es á saber:

ea res agatur de eadem re alio modo.

Testimonios inequívocos nos muestran que se empleaba realmente esta última forma de prescripcion, y estos testimonios son pruebas históricas irrecusables de que entre las prescripciones existía una forma aplicable directamente al caso de nuestra excepcion.

Ciceron, Ad fam. XIII, 27 (dirigida á Servio el año 707):

«Licet eodem exemplo sæpius tibi hujus generis litteras mittam... tamem non paream operæ, et, *ut vos soletis in formulis*, sic ego in epistolis: *de eadem re alio modo.*»

Ciceron, De finibus, V, 28 (del año 708):

«Quæ cum Zeno didicisset a nostris, *ut in actionibus præscribi solet, de eadem re* egit *alio modo* (p).»

XIII.

Despues de haber discutido los argumentos generales invoca-

(o) Así, por ejemplo, en el caso citado en la nota *n* de que habla Gayo, IV, § 131; cuando despues la *actio emti* debiese tener por objeto la *vacua possessio tradenda.*

(p) Recientemente, Liebe, Stipulation, p. 173, ha dado otra explicacion de esta prescripcion por Ciceron, citada dos veces. Segun él debería considerarse como una *præscriptio* (propiamente *exceptio*), *rei judicatæ* invocada por el demandado. en cuyo caso las palabras *alio modo* expresarían que, segun la L. 7, § 4, de exc. r. jud.. podría ser invocada esta excepcion contra una accion nueva *vel alio genere judicii.* Esta forzada interpretacion no es sostenible. La denominacion de *præscriptio* con que aparece en un pequeño número de textos la *exc. r. j.* (L. 10, 11, de exc.; L. 29, pr., de exc. r. j.; L. 63, de re jud.; L. 42, de lib. causa) se explica por un descuido de redaccion que hace emplear como sinónimas *præscriptio* y *exceptio.* Si se tratase efectivamente de la exc. r. j., la fórmula, al ménos, debería redactarse de otro modo; por ejemplo, con arreglo á Gayo, IV, § 133, próximamente en estos términos: ea res agatur *si* ea res judicata *nondum sit.* La frase positiva: de eadem re no podía convenir más que á una *præscriptio* propiamente dicha, establecida *pro actore* (Gayo, IV, 130-133). Por lo demás, no es esta la sola crítica que puede hacerse de esta interpretacion.

dos en pro y en contra de la validez de la excepcion, voy á explicar los dos textos del Digesto que le sirven de base.

L. 11, de exc. rei jud. (XLIV, 2) (*q*).

§ 1. Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem.

§ 2. Si quis autem petat, fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione.

Estos dos párrafos designan evidentemente dos casos opuestos, que, en su consecuencia, exigen decisiones inversas. La posicion del *autem* en el § 2, nos muestra el contraste indicado desde las primeras palabras. La paráfrasis siguiente pondrá de relieve el contenido de estas dos proposiciones.

Cuando reivindico un esclavo, *creyendo* haberlo adquirido por tradicion, rechazada mi accion, si posteriormente descubro que soy realmente propietario suyo, no en virtud de la tradicion, sino por causa de herencia, no puedo renovar mi demanda, porque sería rechazada por la excepcion de la cosa juzgada. Si, *por el contrario,* había deducido una primera demanda, no en la suposicion errónea de una tradicion, sino con la indicacion *expresa* de este título de adquisicion (si... petat, fundum suum esse, eo quod Titius *tradiderit*), una vez rechazada mi accion, la excepcion de la cosa juzgada no es ya obstáculo para mi demanda, *porque* no he supuesto simplemente la *causa*, sino que la he indicado *expresamente* (*causa adjecta* por: *quia causa adjecta erat*).

Puchta entiende por *causa adjecta* una *nova* ó *superveniens causa,* lo cual entra en la primera excepcion de que he hablado ántes (núm. II), en cuyo caso este texto no tendría ninguna relacion con la excepcion segunda (*r*).

Existen varios motivos por los cuales debe rechazarse esta interpretacion. Segun otros varios textos, los términos *causa adjecta* designan una adicion hecha por el demandante á la fórmula de su accion (*s*), es decir, un acto emanado del demandante, pero designarían de una manera muy impropia, y en todo caso muy oscura,

---

(*q*) Sobre el enlace íntimo de las diversas partes de este texto, véase Hefter, páginas 227. 228.

(*r*) Puchta. Mus. II, p. 258.

(*s*) L. 1, § 2, de rei vind. (VI, 1); vat. fragm., § 55,. V. Heffter, páginas 223, 227. No se puede invocar en apoyo de esta interpretacion la L. 3, de usurp. (XLI, 3): «Usucapio est *adjectio dominii* per continuationem possessionis,» pues la continuidad de la posesion resulta de la actividad sostenida del poseedor.

una adquisicion posterior que haya podido verificarse á espaldas y sin el concurso del demandante.

Además los § 4 y 5 serían la reproduccion inútil y ociosa del § 2, miéntras que, segun la interpretacion ordinaria, el § 2 expresa una excepcion, el § 4 otra y el § 5 no hace más que recordar la *mutata opinio* para poner de relieve el contraste que existe entre la *mutata opinio* y el *adquisitum posteadominium*.

XIV.

El segundo texto, tomado de Paulo, se encuentra así concebido:

L. 14, § 2, de exc. rei jud. (XLIV, 2).

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eadem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur, at cum in rem ago, *non expressa causa, ex qua rem meam esse dico*, omnes causæ una petitione apprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest: sæpius autem deberi potest.

Hé aquí la explicacion de este texto. La denegacion de una accion personal no impide al demandante reclamar de nuevo la misma cosa, supuesto que la obligacion que sirve de base á la accion nueva tenga otro orígen (*causa*), pues esta diferencia de orígen constituye dos obligaciones distintas é independientes. No sucede lo mismo con las acciones *in rem*, las cuales, teniende por objeto un derecho á una cosa determinada, cualquiera que sea por otra parte el orígen de este derecho, no pueden ser reproducidas cuando han sido rechazadas una vez, aunque, el demandante asignara á su derecho un orígen distinto. Esta última regla sufre, no obstante, una excepcion: cuando el demandante ha atribuido *expresamente* en su primera accion un orígen especial á su derecho, la denegacion de esta accion no le impide reclamar de nuevo la misma cosa, atribuyendo á su derecho otro orígen.

Esta explicacion es tan sencilla y tan natural que no me parece susceptible de ninguna duda. La creo principalmente confirmada por el acuerdo notable que establece entre el texto de Paulo y el de Ulpiano, ántes citado, (núm. XIII), á pesar de la diferencia de expresion y de fisonomía de estos dos textos.

Los adversarios de la excepcion explican las palabras: *non expressa causa* por: «no estando indicado el orígen del derecho para las acciones *in rem*, es decir, no pudiendo ser indicado» (*t*) y, de

---

(*t*) Puchta, Mus. I, p. 269; III, p. 481; *non expressa causa*, es, pues, el equivalente de: *cum in his actionibus causa non exprimatur*, ó bien: *exprimi non possit, non soleat*.

este modo, ven en estas palabras, no una excepcion adicionada, sino el motivo de la generalidad de la regla. Esta interpretacion me parece forzada y tanto ménos admisible, cuanto que si, como pretenden los adversarios, no hubieran conocido nunca los romanos esta excepcion, hubiera sido inmotivada la adicion de estas palabras.

Si la controversia que nos ocupa hoy hubiese existido ántes de Paulo, la adicion habría servido para refutar la opinion que Paulo rechazaba. Pero admitiendo, con los adversarios, que los romanos no hubieran pensado nunca en semejante excepcion no se comprende por qué hubiese creido Paulo deber añadir las palabras *non expressa causa.*

XV.

La manera de ser tratado en un caso distinto, pero análogo, viene á confirmar mi doctrina. La *actio redhibitoria* podía fundarse en diferentes vicios de la cosa vendida; una vez rechazada esta accion, no podía ya ser reproducida, á pesar de la alegacion de otro vicio de la cosa. No obstante, el demandado podía reservarse esta facultad si, valiéndose de una prescripcion, motivaba expresamente su accion en un vicio determinado de la cosa, en cuyo caso la denegacion de esta accion no le impedía intentar una accion nueva fundada en otro motivo (*u*).

L. 48. § 7, de ædil. ed. (XXI, 1):

Cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere, et prædicere, ut, si quid alius postea apparuisset, de eo iterum ageretur.

Este caso tiene una analogía evidente con el de la herencia ó de la propiedad fundada en diferentes títulos.

La naturaleza de la necesidad es la misma en ámbos casos y nuestra excepcion la satisface respecto á las acciones *in rem*, precisamente de la manera adoptada para la accion redhibitoria.

XVI.

La controversia que nos ocupa ha tomado un nuevo aspecto ba-

(*u*) Respeto á la *actio quati minoris*, no es necesaria esta reserva: puede siempre intentarse una accion nueva por cada nuevo vicio de la cosa, ya haya sido la primera admitida ó rechazada; únicamente se exige que estas diversas restituciones no excedan del precio de la adquisicion. L. 31. § 16, eod. Hé aquí el motivo de esta diferencia: no teniendo la accion redhibitoria más que un sólo objeto, cual es la resolucion de la venta, no puede tener lugar más que una vez como esta resolucion; la *actio quanti minoris* tiene por objeto diversas indemnizaciones pecuniarias que pueden existir simultáneamente.

jo la influencia de una cuestion perteneciente al derecho procesal.

Varios autores, en efecto, pretenden que segun las leyes del Imperio, la accion de propiedad (de igual manera que cualquiera otra accion *in rem*) debe indicar en el acto de introduccion de la instancia el orígen de la propiedad y que en otro caso debe ser rechazada la accion (*v*).

Otros autores condenan este rigor como injustificado, pues no se podría indicar á este respecto ni una regla del derecho comun sobre el procedimiento, ni una práctica conforme con esta regla (*x*)..

El derecho canónico rechaza igualmente esta doctrina, pues admite la posibilidad de una accion ejercitada con ó sin indicacion del orígen del derecho reclamado (*y*).

Esta discusion no nos interesa más que en sus relaciones con la cuestion que acabamos de tratar, la referente á la autoridad de la cosa juzgada.

Así, se ha pretendido que en virtud de este principio riguroso, la excepcion por nosotros establecida respecto á las acciones *in rem* se había convertido en regla general del actual derecho. En efecto, estando obligado todo demandante á indicar en su accion el título en el cual funda su propiedad, el caso supuesto por nuestra excepcion existe siempre y, por tanto, la accion rechazada puede reproducirse desde el momento en que el demandante asigna á su propiedad otro orígen distinto al enunciado en su primera accion (*z*).

No puedo admitir semejante razonamiento. La indicacion del orígen de la propiedad, tal como la exige esta regla rigurosa, difiere esencialmente de la declaracion por la cual se obliga el demandante á no invocar en el litigio otro título de propiedad que el enunciado, declaracion á la que exclusivamente se refieren ciertas ventajas y ciertos perjuicios (núm. III, IV). La simple indicacion del título de propiedad, sin esta declaracion, se parecería á la exposicion de los hechos que, en el procedimiento romano, habría dirigido el demandante al pretor. Esta exposicion no tenía

---

(*v*) Gönner, t. II, p. 180-182; Bayer, p. 216. Martin, § 144; Borst, Archiv., t. I, n. 14, p. 174; Langenn, und Kori Erörterungen, n. 12; Bucka, t. II. p. 198; Wächter, Handbuch, t. II, p. 446.

(*x*) Heffter, Prozesz, § 343, y Museum, t, III, p. 237. Además, los autores favorables á esta opinion que citan Heffter y Langenn (nota *v*), entre los cuales se encuentran los prácticos más distinguidos.

(*y*) C. 3. de sent. in VI, (II, 14) V. más arriba, § 262.

(*z*) Puchta, Mus., II, p. 267; Wächter, p. 445. Esta opinion conduce por otro camino al resultado que Kierulff atribuye á la *æquitas* moderna.

ninguna influencia en la marcha del negocio sino se reproducía en la *formula*.

Por esta causa niego, desde luego, que segun el procedimiento del derecho comun actual deba ser rechazada toda accion que no indique especialmente el orígen del derecho reclamado.

Aún admitiendo este procedimiento riguroso, pretendo que no ha modificado de modo alguno la naturaleza de nuestra excepcion, ni ha constituido una regla general contraria á la del derecho romano.

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

Págs.

Págs.

CAPITULO IV.

Violaciones del derecho.

Págs.

APENDICE.

PUBLICACIONES DE ESTA CASA.
